Das Prinzip der Gleichbehandlung der Gesellschafter in der offenen Handelsgesellschaft und in der Aktiengesellschaft.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
bei einer Hohen Juristischen Fakultät der
Georg August-Universität zu Göttingen

eingereicht von

Ulrich Moser,
Referendar in Braunschweig.

Göttingen.
Druck der Dieterichschen Universitäts-Buchdruckerei (W. Fr. Kaestner).
1925.

Referent: Prof. Dr. Müller-Erzbach.

Tag der mündlichen Prüfung: 25. Februar 1925.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinem auf dem Felde der Ehre gefallenen Bruder

Julius, Arnhold, Heinz Moser

in treuer Erinnerung gewidmet.

Literatur.

Alexander, Die Sonderrechte der Aktionäre. Diss., Berlin 1892.

Altschul, Zusammenlegung von Aktien nnd deren Abwendung durch Zuzahlungen. Monatsschr. f. Handelsr., hrsg. von Holdheim, Jahrg. 1902, S. 109 ff.

Auerbach, Das Gesellschaftswesen in juristischer und volkswirtschaftlicher Hinsicht. Frankf. a. M. 1861.

Bachmann, Die Sonderrechte des Aktionärs. Zürich 1902.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts, Bd. 1, Abt. 1. Berlin und Leipzig 1886.

Beyer, Die Vorzugsaktien bei der A. G. Diss., Jena 1910.

Binder, Das Problem der juristischen Persönlichkeit. Leipzig 1907.

Brodmann, In Gruchots Beiträgen z. Erl. d. dtsch. Rechts, Jahrg. 1923, Bd. 66, S. 122 ff.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I. Tübingen und Leipzig 1900.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, Aufl. 7. Stuttg. 1910.

Dahmann, Das Stimmrecht des Aktionärs. Diss., Greifsw. 1919.

Dalberg, In der Jur. Wochenschr., 1913, S. 521 ff.

Dernburg, Das bürgerl. Recht des Dtsch. Reichs und Preuß., Bd. 1. Halle 1902.

Deumer, Das Recht der eingetragenen Genossenschaften. München und Leipzig 1912.

Eccius, In der Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 32.

Eck, Vorträge über das Recht des bürgerl. Gesetzbuchs, fortgeführt von Leonhard, Bd. 1, 1.—2. Aufl. Berlin 1903.

Endemann, Studien in der Romanistisch-Kanonistischen Wirtschaft und Rechtslehre. Berlin 1874.

— Das deutsche Handelsrecht, 4. Aufl. Leipzig 1887.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 12.—14. Aufl. Marburg 1919.

Fischer, Das Aktienrecht in Ehrenbergs Handb. d. ges. Handelsrechts, Bd. III, 1. Abt.

Frank-Fahle, Die Stimmrechtsaktie. Berlin 1923.

Gadow, In Gruch. Beitr. zur Erl. d. dtsch. Rechts, Bd. 66, 1923.

Gareis, Handelsrecht, 6. Auflage. Berlin 1899.

Geiler, Gesellschaftliche Organisationsformen des neueren Wirtschaftsrechts, 2. Aufl. 1922.

Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. I, Aufl. 1895.

Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. Berlin 1887.
Goldmann, Das Handelsgesetzbuch von 1897, Bd. II. Berlin 1905.
Haasemann, Das Recht des einzelnen Aktionärs. Diss. Leipz. 09.
v. Hahn, Kommentar zum Allgem. Dtsch. Handelsgesetzbuch, Bd. I, Aufl. 3. Braunschweig 1877.
Heinemann, Das Grundprinzip der Aktienform und der Nachschußzwang bei Aktiengesellschaften. Berlin 1902.
Holdheim, Die Erzwingung von Nachschüssen bei Aktiengesellschaften. In seiner Monatsschr., 1902, S. 132 f.
Hölder, Natürliche und juristische Personen.
Horrwitz, Das Recht der Generalversammlungen der Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien. 1913.
Hueck, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen der A. G. Benzheimer, 1924, S. 62 ff.
Ihering, Der Zweck im Recht, Bd. I, 3. Aufl. Leipzig 1899.
Klein, Die neuere Entwicklung in Verfassung und u. Recht der Aktiengesellschaft. 1904.
Laband, Der Begriff der Sonderrechte nach deutschem Reichsrecht. In Hirths Annalen des Dtsch. Reichs, 1874, S. 1487 ff.
— Die Erzwingung von Nachschüssen bei Aktiengesellschaften. In der Deutschen Juristenzeitung, 1902, S. 229 ff.
Lehmann, Handelsrecht, 2. Aufl. 1912.
— Einzelrecht und Mehrheitswille in der A. G. im Archiv f. bürgerl. Recht, Bd. 9, S. 297.
— Das Recht der Aktiengesellschaften. Bd. I Berlin 1898, Bd. II 1904.
Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. I. Berlin 1902.
Lazarus, Zusammenlegung von Aktien unter Einforderung von Zuzahlungen. D. J. Z. 1903, S. 74.
Leist, E., Die Sanierung von Aktiengesellschaften. Berlin 1905.
Leist, Untersuchungen zum inneren Vereinsrecht. Jena 1904.
Liesmann, Unternehmerformen. 1922.
Mahnkopf, Die Rechtsverhältnisse zwischen der offenen Handelsgesellschaft und dem einzelnen Gesellschafter. Diss. Berlin 1898.
Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar, 12. Aufl. Berlin 1901.
Markowitsch, Das Problem der Sonderrechte der Körperschaftsmitglieder. Diss. Berlin 1910.
Müller-Erzbach, Handelsrecht I u. II. Tübingen 1921 u. 1924.
— Die Erhaltung des Unternehmens. Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. u. Konkursrecht Bd. 61, Jahrg. 1908.,

Neumann, Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I, 4. Aufl. 1905.
Oertmann, Bürgerl. Gesetzbuch, Allgem. Teil. 1908.
Pauly, Die Sonderrechte der Aktionäre. Diss. Jena 1907.
Pinner, Das deutsche Aktienrecht, Kommentar zu Buch II. Berlin 1899.
— Erzwingung von Nachschüssen bei Aktiengesellschaften. In Holdheims Monatsschr. f. Handelsr., 1902, S. 158.
Planitz, Stimmrechtaktie. Leipzig 1922.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführung, Bd. I, 4. Aufl. Berlin 1913.
Rathenau, Vom Aktienwesen, 21.—23. Aufl. Berlin 1922.
Reichsgerichtsräte, Kommentar zum BGB. Bd. I, 2. Aufl. 1913.
Renaud, Das Recht der Aktiengesellschaften, 2. Aufl. Leipzig 1875.
Riedel, Die rechtliche Natur des Aktienbezugsrecht. Diss. Greifswald 1919.
Rieß, Die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften. In Ehrenb. Handb. f. d. ges. Handelsr., Leipzig 1922.
Siebenhaar, Kommentar zu dem bürgerl. Gesetzb. für d. Königreich Sachsen, 2. Aufl. Leipzig 1869.
Sonntag, Die Aktiengesellschaften im Kampfe zwischen Macht und Recht. Berlin 1918.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. I, 1. u. 2. Hälfte. Berlin-Leipzig. Aufl. 6, 7, 10, 1920.
Staudinger, Kommentar zum BGB. Bd. I, 2. Aufl. München 1919.
Steinitzer, Oekonomische Theorie der Aktiengesellschaft. Leipzig 1908.
Steinmetz, Das Stimmrecht in der Generalversammlung der A. G. Diss. Greifswald 1919.
Tecklenburg, Verschiedene Bewertung der alten Aktien bei Schaffung von Prioritäts- und Stammaktien. In Holdheims Monatsschr. f. Handelsrecht.
Thoel, Das Handelsrecht, Bd. I, 6. Aufl. Leipzig 1879.
v. Thur, Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft. Allg. Teil des dtsch. bürgerl. Rechts, Bd. I. Leipzig 1910.
Triepel, Goldbilanzen und Vorzugsaktien, ein Rechtsgutachten.
Wohlwill, Der Schutz des Aktionärs gegen Beeinträchtigung des Gewinnanteils. Diss. Jena 1908.
Wolff, Die Sonderrechte der Aktionäre. Diss. Erlangen 1913.
Zadek, Die Sanierung von Aktiengesellschaften. Diss. Heidelberg 1916.

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung.

§ 1. Unterschiede der offenen Handelsgesellschaft und der Aktiengesellschaft in juristischer und wirtschaftlicher Hinsicht 1

I. Hauptteil. Das Prinzip der Gleichbehandlung im allgemeinen 8

§ 2. Der Begriff der Gleichbehandlung 8

§ 3. Gleichbehandlung und Sonderrechte 17

§ 4. Die rechtliche Natur des Grundsatzes der Gleichbehandlung 23

II. Hauptteil. Der Grundsatz der Gleichbehandlung in der offenen Handelsgesellschaft und Aktiengesellschaft 33

Das Recht auf gleiche Behandlung in der offenen Handelsgesellschaft 33

§ 5. Vertragsfreiheit und Gleichbehandlung 33

§ 6. Die Hauptpflichten des Mitgliedes einer offenen Handelsgesellschaft 37

§ 7. Die Hauptrechte des Mitgliedes einer offenen Handelsgesellschaft 41

§ 8. Grenzen der Vertragsfreiheit unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungsprinzips 53

Das Recht auf gleiche Behandlung in der Aktiengesellschaft 56

§ 9. Allgemeine einleitende Betrachtungen über die Aktiengesellschaft 56

§ 10. Das Wesen der Gleichbehandlung in der Aktiengesellschaft 58

§ 11. Die Einlagepflicht des Aktionärs unter Erläuterung der Unter- und Ueberpariemission 60

§ 12. Übersicht über die Hauptrechte des Aktionärs. Drittrechte. Minderheitsrechte 66

§ 13. Vorzugsaktien 68

§ 14. Das Stimmrecht des Aktionärs 76

§ 15. Das Dividendenrecht 96

§ 16. Das Aktienbezugsrecht 103

§ 17. Das Recht auf die Liquidationsquote 106

§ 18. Das Sanierungsproblem 110

§ 19. Die Aktiengesellschaft de lege ferenda und das Gleichbehandlungsprinzip 120

Schlußbetrachtungen.

§ 20. Das Gleichbehandlungsprinzip in den übrigen Gesellschaften des Handelsrechts 127

§ 21. Rechtsgeschichtliche Betrachtungen zum Gleichbehandlungsgrundsatz 132

Einleitung.

§ 1.

Unterschiede der offenen Handelsgesellschaft und der Aktiengesellschaft in juristischer und wirtschaftlicher Hinsicht.

Auf eine Schilderung der geschichtlichen Entwicklung der beiden hier zu behandelnden Organisationsformen muß im Rahmen dieser Abhandlung verzichtet werden.. Indessen sollen hier zwei grundlegende Unterschiede, die die vielen Erwerbsorganisationen in zwei große Lager teilen, Erwähnung finden, da in ihnen die Gegensätzlichkeit der o. H. G. und A. G. treffend zum Ausdruck kommt. Man unterscheidet einerseits nach der juristischen Struktur juristische Personen und Gesellschaften, anderseits nach dem wirtschaftlichen Aufbau Personal- und Kapitalvereinigungen des Handelsrechts.

Die Frage nach der Rechtspersönlichkeit der zu untersuchenden Handelsgesellschaften ist nur bei genauer Kenntnis des inneren und äußeren Aufbaues der betr. Organisationsformen zu beantworten und läßt keine schematische Betrachtungsweise zu. Sie ist gleichbedeutend mit der Frage nach der Selbständigkeit, die eine Gesellschaftsform im Verkehrsleben einnimmt. Für unsere Arbeit gewinnt das Problem der Rechtspersönlichkeit um so größere Bedeutung, als sich das Gleichbehandlungsprinzip, wie später noch zu zeigen ist, für die A. G., die eine juristische Person des

Handelsrechts ist, aus einer Vorschrift des BGB. (§ 35) direkt ableiten läßt, während bei der der eigenen Rechtspersönlichkeit entbehrenden o. H. G. nur aus der Summe der einzelnen Vorschriften oder, was damit gleichbedeutend ist, aus dem Geiste des Gesetzes selbst auf das Bestehen des genannten Grundsatzes geschlossen werden muß.

Bei der A. G. herrscht kein Streit darüber, daß sie zu den Korporationen, d. h. zu den mit eigener Rechtsfähigkeit ausgestatteten Verbänden zu zählen ist. Sie läßt in ihrem inneren Aufbau ganz deutlich erkennen, daß die Gesellschafter als solche einem höheren Verbande untergeordnet sind, der nicht nur nach außen die Mitglieder zu einer Einheit zusammenfaßt, sondern — und das ist das Charakteristische der juristischen Personen — auch nach innen eine eigene, den einzelnen Individuen übergeordnete Rechtssphäre schafft.

Um so mehr Ungewißheit bestand indessen über die rechtliche Struktur der o. H. G. Die einen sahen in ihr eine vollkommene juristische Person, die anderen betrachteten sie als eine gewöhnliche Gesellschaft und wieder andere suchten der eigenartigen Struktur der o. H. G. gerecht zu werden, indem sie dieser Gesellschaftsform die Natur einer relativen juristischen Person beilegten.

Der Grund dafür, daß man die rechtliche Natur der o. H. G. so lange verkannte, ist in dem in der o. H. G stärker als in der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft hervortretenden Gesamthandsprinzip zu erblicken, das, entgegen dem Wesen einer juristischen Person, das von den Gesellschaftern aufgebrachte Vermögen wohl der Verfügungsgewalt, nicht aber der Eigentumssphäre der Gesellschafter entzieht. So betrachtet, kann man die Gesamthand als eine Vorstufe für die juristische Persönlichkeit, nicht aber

als eine relative, d. h. abgeschwächte juristische Person bezeichnen[1]). Eine analoge Anwendung der für juristische Personen geltenden Rechtsvorschriften auf das Gebiet der o. H. G. muß demnach von vornherein abgelehnt werden. Denn die o. H. G. ist nur eine modifizierte BGB.-Gesellschaft.

Nicht weniger wichtig als die juristische ist die wirtschaftliche Verschiedenheit zwischen der o. H. G. und der A. G. Sie äußert sich besonders in der unterschiedlichen Beteiligung der Gesellschafter am Unternehmen.

Wenn man feststellen will, ob in den verschiedenen Unternehmerverbänden der Gleichbehandlungsgedanke gewahrt ist oder nicht, so muß man zunächst zu ergründen versuchen, in welchem Umfange und in welcher Art sich die Mitglieder an dem Unternehmen zu beteiligen pflegen. Erst wenn diese Frage geklärt ist, kann das Gleichbehandlungsproblem selbst aufgerollt werden. Die Erkenntnis der verschiedenen Beteiligungsart und Intensität der Mitglieder einer Gesellschaft ist eine der wichtigsten Voraussetzungen der Lösung unserer Aufgabe.

Zwei Faktoren sind es namentlich, die sich in stärkerem oder geringerem Grade in einer jeden Handelsgesellschaft bemerkbar machen: die Arbeit, die ihrer Natur nach von der Person nicht zu trennen ist, und das mehr unpersönliche Kapital, unter dem jeder in Geld abschätzbare Vermögenswert verstanden werden soll, soweit er nicht der Arbeit zuzurechnen ist. Je nachdem das erste oder das zweite der genannten Grundelemente in den einzelnen Unternehmerformen überwiegt, unterscheidet man Personal- und Kapitalgesellschaften. Bis zu dem

1) Müller-Erzbach: Die Erhaltung des Unternehmens. Z. H. R. 61, S. 378.

durch die Niederländer im 17. Jahrhundert mit Erfolg vorgenommenen Versuch, das Geld selbst unter völliger Ausschaltung der Person zum Unternehmer zu machen, kannte man nur Gesellschaftsgebilde, die sich entweder auf Arbeit allein oder auf Arbeit und Kapital aufbauten. Es war von jeher eine der heißest umstrittenen Fragen, unter welchen Voraussetzungen sich Arbeit und Kapital verbinden konnten und welchen Einfluß die verschiedene Intensität der beiden Faktoren auf die rechtliche Natur der Erwerbsgesellschaft hatte.

Waren bereits im Herrschaftsbereich des römischen und kanonischen Rechts aus der Vereinigung von Kapital mit Arbeit die verschiedensten Gesellschaftsformen entstanden [1]), so gesellte sich mit den durch die Niederländer im 17. Jahrhundert ins Leben gerufenen Handelskompagnien noch ein neuer Assoziationstyp zu den alten hinzu, die A. G. Unter den Problemen jener Zeit entsprang im Bereiche des geschäftlichen Lebens eines von besonderer Tragweite dem originellen Versuche, Erwerbsunternehmen ausschließlich aus Geldbeträgen zu bilden, das Geld selbst zum Unternehmer zu machen [2]). Bis dahin war das Rückgrat aller Unternehmungsformen die Person. Nur durch das Mittel der Person konnte sich Kapital am Geschäftsbetriebe beteiligen. Die Niederländer haben damals mit dieser Vorstellung gebrochen und den Gedanken einer selbständigen Geldvereinigung gefaßt. Der Gedanke tritt naturgemäß nicht mit völliger Klarheit von Anfang an zutage. Doch setzt mit der ersten Handelskompagnie eine Entwicklung ein, die in ununterbrochener Kette bis zu der nach

1) Vgl. Endemann, Studien in der Romanistisch-Kanonistischen Wirtschaft und Rechtslehre S. 361.

2) Klein S. 1.

der heutigen Gesetzgebung unbestritten als reine, unpersönliche Kapitalvereinigung geltenden A. G. hinführt.

Die A. G. stellt die reinste Form der Kapitalassoziationen dar. Sie ist, was die heutige (!) Gesetzgebung anbelangt, als die einzige Gesellschaftsform anzusprechen, die lediglich auf dem Grundfaktor Kapital aufgebaut ist. Ihre Mitglieder haben an wirklichen Pflichten nur die der Kapitaleinlage. Die Verwaltung und Beaufsichtigung wird von besonderen Organen, dem Vorstand und dem Aufsichtsrat, die den Willen der in der Generalversammlung vereinigten Aktionäre auszuführen haben, besorgt. Der Wille der Generalversammlung wird durch Abstimmungen nach dem Majoritätsprinzip ermittelt, wobei sich das Stimmrecht nicht nach der Person, sondern nur nach der Höhe der Aktienbeträge richtet. Ein persönliches Band zwischen den Aktionären besteht überhaupt nicht.

Im krassen Gegensatz hierzu steht die Hauptvertreterin der Personalgesellschaften, die o. H. G. Bei ihr ist das Verhältnis der Gesellschafter zur Gesellschaft ein persönliches, die Leistung der Gesellschafter, die grundsätzlich in erster Linie in Arbeit und erst in zweiter Linie in Kapital besteht, ist eine persönliche und deswegen auch der ganze Aufbau dieser Gesellschaft ein persönlicher, ein individualistischer. Unternehmerbesitz und Unternehmerleitung fallen hier grundsätzlich zusammen. Nun erscheint allerdings eine nur auf Arbeit beruhende Erwerbsgesellschaft unter vollkommener Ausschaltung des Kapitals in der Praxis kaum denkbar. Darum muß die o. H. G. als reinste Verkörperung der Personalgesellschaft angesehen werden; denn sie beruht auf dem Gedanken, daß jeder Gesellschafter sowohl seine persönliche Arbeitskraft zur Verfügung stellt, als auch die Kreditfähigkeit des Unternehmens durch eine Kapital-

einlage hebt. Letztere ist jedoch im Gegensatz zur Arbeitsleistung nicht das Hauptsächliche. Fällt dagegen die Arbeitsbeteiligung eines Gesellschafters vollkommen fort, ist vielmehr ein oder sind mehrere Gesellschafter nur mit Kapital an dem Unternehmen beteiligt, dann liegt bereits eine nach der Kommandit- und damit auch nach der Kapitalgesellschaft hinüberneigende Gesellschaftsform vor. Der Gesetzgeber spricht zwar erst von einer Kommanditgesellschaft, wenn bei einem Teil der Mitglieder die Haftung auf ihre Kapitaleinlage beschränkt ist, so daß wohl eine o. H. G. möglich ist, bei der sich ein Teil mit Kapital, der andere Teil der Gesellschafter mit Arbeit oder mit Arbeit und Kapital beteiligen, wenn sie nur alle unbeschränkt mit ihrem ganzen Vermögen für die Schulden der Gesellschaft haften. Doch ist das nicht der vom Gesetzgeber in den Vorschriften über die o. H. G. (§§ 105—160 HGB.) zum Ausdruck gekommene Normalfall, der allen Gesellschaftern nicht nur ein Recht auf Geschäftsführung, d. h. auf persönliche Mitarbeit in Gesellschaftsangelegenheiten einräumt, sondern ihnen auch eine dementsprechende Pflicht auferlegt (§ 114 HGB.). Die infolge der subsidiären Natur der handelsrechtlichen Vorschriften möglichen Abweichungen von dem Normaltypus der o. H. G. sind natürlich keineswegs gering. Sie beseitigen damit wohl die Gleichartigkeit der Beteiligungspflicht, keineswegs jedoch den persönlichen Charakter der Gesellschaftsform, da das unbedingte gesamtschuldnerische Einstehen eines jeden Gesellschafters auch für die durch seine Mitgesellschafter verursachten Schulden der Gesellschaft ein starkes personenrechtliches Band bildet. Trotzdem erscheint es ohne weiteres einleuchtend, daß die o. H. G. in ihrer Form als Personalgesellschaft am reinsten dann zum Ausdruck kommt, wenn

ihre Mitglieder nicht nur im Ernstfalle die Lasten der Gesellschaft tragen, sondern auch jederzeit gemeinsame Arbeit leisten.

Im Vorhergehenden ist der Gegensatz zwischen der Aktiengesellschaft und der offenen Handelsgesellschaft bereits kurz zum Ausdruck gebracht worden. An Hand der einschlägigen Gesetzesbestimmungen die Unterschiede zwischen A. G. und o. H. G. eingehender klarzulegen, muß als zu weitschweifig versagt bleiben. Nur soviel ist nochmals hervorzuheben, das die o. H. G. und die A. G. die Antipoden unter der großen Zahl der Handelsgesellschaften darstellen und letztere in zwei große Lager spalten. In das eine gehören neben der o. H. G. die Kommanditgesellschaft und die stille Gesellschaft, während zu dem anderen außer der A. G. die Aktienkommandit-Gesellschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung zu rechnen sind. Die Genossenschaft stellt die Verbindung zwischen diesen beiden Lagern her.

Wenn das Gleichbehandlungsprinzip in der A. G. und o. H. G. nachgewiesen werden kann, so ist damit auch gleichzeitig der sichere Schluß gegeben, daß es in sämtlichen Handelsgesellschaften besteht; denn alle übrigen Gesellschaftsformen stellen ja nur Verquickungen der Grundprinzipien dar, die in der A. G. und in der o. H. G. zum Ausdruck gelangt sind.

I. Hauptteil.

Das Prinzip der Gleichbehandlung im allgemeinen.

§ 2.
Der Begriff der Gleichbehandlung.

Nachdem die o. H. G, sowie die A. G. nach ihren rechtlichen und wirtschaftlichen Verschiedenheiten untersucht worden sind, soll nunmehr auf den Grundsatz der Gleichbehandlung selbst näher eingegangen und zunächst versucht werden, den Begriff des nachzuweisenden Prinzips klarzustellen.

Was ist unter der Gleichbehandlung der Gesellschafter zu verstehen?

Diese Frage, die in ihrer Lösung auf den ersten Blick so leicht erscheint, macht bei näherer Betrachtung Schwierigkeiten; denn das Wort „Gleichbehandlung" läßt zwei Auslegungen zu.

Legt man auf die Betonung der ersten Silbe besonderen Nachdruck, so gelangt man zu dem Ergebnis, daß jedes Mitglied in bezug auf seine Rechte und Pflichten gegenüber der Gesellschaft, der es angehört, genau so gestellt werden muß, wie die übrigen Mitglieder. Ein Abweichen von dem hier zum Ausdruck kommenden absoluten Gleichbehandlungsgedanken müßte, das Bestehen dieses Prinzipes vorausgesetzt, stets einen Vorstoß gegen dasselbe begründen, auch wenn es im Einzelfall zur Vermeidung von Unbilligkeiten noch so erforderlich wäre. Nicht nur eine Vereinigung, bei der ein Gesellschafter Kapital, ein anderer Arbeit zum Gegenstande seiner Leistung macht, würde nach dieser Auffassung des Gleichbehandlungs-

gedankens unstatthaft sein, sondern auch die geringste Abweichung in der Höhe der an sich gleichartigen Leistungen müßte dem absolut gedachten Prinzip widersprechen.

Eine andere Lesart des Gleichbehandlungsgedankens ergibt sich indessen, wenn man die Verschiedenheit der menschlichen Individuen auch in den einzelnen Gesellschaften berücksichtigt. In der Unvollkommenheit und Differenzierung der Menschen ist die Ursache der Gesellschaftsbildung zu suchen. Dem trägt das relative Gleichbehandlungsprinzip Rechnung, das im Gegensatze zu der absoluten Auslegung, die die Gesellschafter ungeachtet ihrer geistigen und wirtschaftlichen Unterschiede in das gleichmacherische Prokrustesbett legen will, die verschiedenen Fähigkeiten der menschlichen Individuen berücksichigt und sie lediglich mit gleichem wirtschaftlichen Maßstab messen will.

Man mache dieser Auslegung nicht den ungerechtfertigten Vorwurf, sie behandele die Worte wie Spielbälle und treibe juristische Akrobatik. Das Wort „Gleichbehandlung" könne nur dahin verstanden werden, daß eben alle Gesellschafter absolut gleiche Rechte und gleiche Pflichten haben müßten. Alle davon abweichenden Auslegungen begründeten aber eine Verschiedenheit in der gesellschaftlichen Stellung der Mitglieder und führten daher notwendig zu dem Gegensatze der Gleichbehandlung..

Ganz abgesehen davon, daß man mit dem Begriffe der absoluten Gleichbehandlung in keiner Gesellschaftsform, selbst nicht in der Genossenschaft zu einem das Bestehen des Grundsatzes bejahenden Ergebnis gelangen würde, verkennt die den absoluten Charakter des Prinzips betonende Theorie vollkommen, daß der Begriff der Gleichbehandlung nur relativ gedacht werden kann. Die Natur selbst hat dafür gesorgt, daß kein Mensch in seinen Anlagen und

Fähigkeiten seinen Mitmenschen gleicht, die Natur verleiht der einen Kreatur diese, der andern jene Vorzüge. Der Verschiedenheit in den Fähigkeiten des einzelnen menschlichen Individuums gesellt sich die Verschiedenheit im Besitz zu. Eine Rechtsordnung, die dem Menschen Eigentumsrechte zuerkennt, die er auf seine Nachkommen vererben kann, vergrößert damit nur die bereits von der Natur begründete Verschiedenheit der menschlichen Individuen. Gerade diese aber, zwingt die Menschen dazu, sich zu organisieren und Gesellschaften zu bilden. Die Ungleichheit als solche ist also der gesellschaftsbildende Faktor. Ihr muß demnach auch beim inneren Aufbau der Unternehmerformen weitgehend Rechnung getragen werden. Wollte man daher auf die Gesellschafter, die sich gerade, um ihre häufig diametral entgegengesetzten Fähigkeiten auszugleichen, organisieren, das absolute Gleichbehandlungsprinzip anwenden, so würde man damit gegen das Wesen der Gesellschaftsbildung verstoßen. Wer würde sich mit jemandem zusammenschließen, dessen persönliche und finanzielle Leistungsfähigkeit nicht so groß ist wie die eigene, wenn er trotz der größeren Arbeitsleistung den Gewinn und den Verlust mit dem Schwächeren arithmetisch teilen müßte? Zweck und Aufgabe des Rechts kann es immer nur sein, die bestehenden Normen dem Wirtschaftsleben anzupassen. Denn die Wirtschaft ist der rechtsbildende Faktor des Handelsrechts. Eine Theorie, die sich mit den in Wirklichkeit bestehenden Verhältnissen nicht vereinbaren läßt — und als solche müssen wir die Theorie, die den Gleichbehandlungsgedanken als absolut auffaßt, bezeichnen — ist lebensfremd. Dem grünen Tisch der Juristen entsprungen, ist das absolut gedachte Gleichbehandlungsprinzip im Leben kaum zu verwerten. Wir werden es daher in keiner der beiden

Gesellschaftsformen vorherrschen sehen. Jedoch erscheint es in abgeschwächter, kaum noch erkennbarer Form, in der Genossenschaft, da diese die einzige Organisationsform darstellt, die von einer wirtschaftlich annähernd gleichen Grundlage ihrer Mitglieder ausgeht.

Die Relativität des Gleichbehandlungsgedankens bringt es mit sich, daß die Leistungen der Gesellschafter sowohl nach ihrer Art als auch nach ihrer Intensität verschieden sein können, ohne eine Ausnahme vom Prinzip darzustellen. Die Hauptsache ist, daß die ihnen gewährten Rechte den Pflichten, die sie übernommen haben, entsprechen. Danach ist das relative Gleichbehandlungsprinzip dann als gewahrt zu erachten, wenn den Gesellschaftern einer o. H. G. und einer A. G. bei gleichen Pflichten gleiche Rechte zugebilligt werden.

Aus dem vorhergehenden folgt, daß dort keine Verletzung des Gleichbehandlungsprinzips gegeben ist, wo infolge rein zufälliger Verhältnisse oder aus wirtschaftlichen Gründen ein Beschluß den einen Gesellschafter härter trifft als die übrigen. Im allgemeinen wird man demzufolge nur dann eine Bestimmung als gegen das Prinzip der Gleichbehandlung verstoßend ablehnen müssen, wenn sie bereits nach ihrem Inhalte ohne Rücksicht auf besondere Umstände die einzelnen ungleich trifft.

Wie stellt sich nun die Rechtswissenschaft zu dem hier entwickelten Begriff der Gleichbehandlung?

Diese Frage kann für den hier zunächst allgemein zu behandelnden Grundsatz nur unvollkommen beantwortet werden. Denn die meisten Schriftsteller begnügen sich, soweit sie das Prinzip der Gleichbehandlung überhaupt erwähnen, damit, festzustellen, daß dieser Grundsatz all-

gemein zu recht besteht[1]). Ihre Auffassung über den Begriff der Gleichbehandlung als solchen tritt demzufolge immer erst da zutage, wo das Prinzip sich rechtlich auswirkt. Je nachdem sie im Einzelfalle das Prinzip als gewahrt oder nicht gewahrt bezeichnen, werden wir im besonderen Teile festzustellen haben, ob sie Anhänger des hier vertretenen Gleichbehandlungsgedankens sind oder sich zum absoluten Prinzip bekennen. Es mag einstweilen der Hinweis genügen, daß trotz der vielen gegen das absolute Prinzip sprechenden Gründe eine ganze Reihe von Schriftstellern gerade ihm huldigen, und demzufolge die Wissenschaft sich keineswegs einig über den Gleichbehandlungsbegriff ist.

Von zwei Autoren wird das Bestehen des Grundsatzes vollkommen negiert. Leist[2]) erklärt den Grundsatz mit der Vereinsautonomie nicht für vereinbar und lehnt ihn mangels ausdrücklicher Gesetzesbestimmung ab. Auch Wolff[3]) kommt auf Grund einer rein formaljuristischen Auffassung des Gleichbehandlungsprinzips dazu, letzteres nur als dispositive Norm zu betrachten.

Bewußt haben die Auslegung, die dem Gleichbehandlungsprinzip hier zuteil geworden ist, in der Literatur nur wenige Schriftsteller vertreten. Sie ist besonders von einigen Autoren, die das Sanierungsproblem in der A. G. behandelt haben, betont worden.

---

1) So u. a. Fischer, Aktienrecht S. 172, 346; Staub, Komm. Bd. II, S. 1044, § 250, Anm. 9; Markower, Komm. § 250, Anm. III c 4; Enneccerus, I, § 105, S. 265; Pauly S. 34; Gierke, Theorie S. 191, 282, 296, 316; derselbe, Deutsches Privatr., I, S. 537; Horrwitz S. 48; Cosack § 212 II b, 747; Wohlwill S. 35/36; v. Thur S. 513.

2) Leist Vereinsrecht S. 94 ff.

3) Wolff S. 23.

So versuchen Müller-Erzbach[1]) und Leist[2]), die absolute oder formelle Gleichheit, die besonders im Aktienrecht mehr Ausnahmen als Beweise ihrer Richtigkeit zu verzeichnen hat, durch die relative oder materielle Gleichbehandlung der Gesellschafter zu ersetzen, indem sie diesen Grundsatz als gewahrt erachten, sofern nur die Aktionäre nicht ohne Grund, nicht willkürlich bevorzugt oder benachteiligt werden. Damit geben sie deutlich zu verstehen, daß von dem starren Gleichbehandlungsgedanken, wie er durch das absolute Prinzip zum Ausdruck kommt, weitgehende Abweichungen möglich sind, ohne einen Verstoß gegen das relative Gleichbehandlungsprinzip zu begründen. Auch Zadek[3]) betont, daß unter Gleichberechtigung im Sinne des in Frage stehenden Prinzips nur eine verhältnismäßige Gleichberechtigung zu verstehen sei[4]). Rieß[5]) sagt a. a. O., daß der Grundsatz der Gleichheit überhaupt nicht rein arithmetisch und tatsächlich aufgefaßt werden dürfe, daß den Gesellschaftern vielmehr bei gleichen Voraussetzungen in der Person auch gleiche Rechte zugestanden oder gleiche Pflichten auferlegt werden müßten. Der Maßstab müsse gleich sein. Auch Bachmann[6]) hebt ausdrücklich die Relativität des Gleichbehandlungsprinzipes hervor. Deumer[7]) entwickelt das Prinzip aus den wirtschaftlichen Verhältnissen der Gesellschafter und kommt zu dem Ergebnis, daß die Verschiedenheit der Gesellschafter dann mit der Gleichbehandlung

---

1) Müller-Erzbach, Handelsrecht S. 346. Z. H. R. Bd. 61, S. 357
2) Leist, Sanierung S. 26.
3) Zadek, S. 97.
4) Der gleichen Ansicht ist Fuld i. d. Ztschr. f. d. ges. Aktienwesen. 12, S. 123.
5) Rieß, Erwerbs- u. Wirtschaftsgenossenschaften.
6) Bachmann S. 51.
7) Deumer S. 176.

vereinbar sei, wenn bei ungleicher Beteiligung jedem Genossen eine gleichmäßige Teilnahme an den wirtschaftlichen Vorteilen ermöglicht sei. Denn niemals bedinge der Umfang der Ausübung eines Rechts dessen Inhalt und Größe. Damit stellt er sich auf den Boden einer Theorie, die namentlich von Pinner und Horrwitz vertreten wird und im besonderen Teil nähere Erwähnung finden soll.

Neuerdings sucht Triepel[1]) die Gleichheit der Mitglieder einer A. G. aus dem Art. 109 Abs. 1 Reichsverfassung abzuleiten, da in dieser Verfassungsvorschrift das Grundrecht der Gleichheit aller Deutschen vor dem Gesetze aufgestellt sei. Unter der Gleichheit vor dem Gesetze will er nicht nur die absolute, nicht lediglich die schematische Gleichheit, die zur größten Ungleichheit führen müsse, sondern eine verhältnismäßige Gleichheit verstehen. Nach ihm bedeutet der Grundsatz der Gleichheit, daß alles das gleicher Behandlung unterliegen müsse, was ungleich zu behandeln Willkür bedeuten würde.

Die genannten Definitionen weisen, sofern sie das Prinzip überhaupt anerkennen, deutlich auf die Schranken hin, denen auch das relative Gleichbehandlungsprinzip unterliegt. Der Maßstab, nach dem die Gesellschafter beurteilt werden, muß für alle der gleiche sein. Noch deutlicher betont Dalberg[2]) die Relativität des Prinzipes und die Schranken, denen es unterliegt. Er bezeichnet den Grundsatz der Gleichbehandlung als eine Ausstrahlung des Grundsatzes des Handelsverkehrs, daß Leistung und Gegenleistung einander entsprechen müssen und drückt damit letzten Endes nur das eindeutig aus, was auch

1) Triepel S. 26 (Goldbilanzen und Vorzugsaktien, ein Rechtsgutachten).

2) Dalberg, J. W. 1913, S. 521.

seine Vorgänger haben sagen wollen. Denn wenn die dem Gesellschafter für seine Anteilnahme an der Gesellschaft gemachte Gegenleistung dem Werte seiner Beteiligung nicht entspricht, sei es, daß sie hinter dem vom Gesellschafter zu Fordernden zurückbleibt oder diese Summe übersteigt, dann ist ihre Festsetzung immer zum Teil willkürlich und nach der Formulierung des Prinzipes ungültig. Damit kommen wir endlich zu der Ansicht, die Ihering [1]), nachdem er die Ursachen der Gesellschaftsbildung klargelegt hat, dem Sinne nach äußert. Es ist der Grundsatz der Entgeltlichkeit, von dem der Gleichbehandlungsgedanke nur einen untergeordneten Anwendungsfall darstellt. Wir können Ihering nur voll und ganz beipflichten, wenn er von dem Grundsatz der Vergeltung behauptet:

„Es gibt keine Idee, die für den Menschen etwas so Zwingendes hätte, wie die der Ausgleichung, deren Verwirklichung im Verkehr lediglich den Egoismus zum treibenden Motiv hat".

Neuerdings wird der gleiche Gedanke anscheinend von Müller-Erzbach in seinen handelsrechtlichen Vorlesungen aufgegriffen. Müller-Erzbach identifiziert, von den gleichen Motiven wie Ihering ausgehend, das Prinzip mit dem lateinischen Sprichwort »suum cuique«.

Bisher haben wir versucht, den Begriff des Grundsatzes der Gleichbehandlung festzustellen. Dabei war es unerläßlich, auf die in der Wissenschaft herrschenden Meinungen einzugehen. Denn der Gesetzgeber selbst gibt in den für uns in Betracht kommenden Gesetzen keine Definition unseres Prinzipes, ja er spricht das Bestehen des Gleichbehandlungsgedankens nicht einmal ausdrücklich aus.

---

1) Ihering, I, S. 117.

Man würde jedoch dem Gesetzgeber Unrecht tun, wenn man, wie einige Schriftsteller[1]), behaupten wollte, der Grundsatz der Gleichbehandlung habe in überhaupt keiner Gesetzesbestimmung irgendwie Ausdruck gefunden. Er ist vielmehr indirekt in dem nach allgemein herrschender Ansicht auch für sämtliche Korporationen, d. h. juristische Personen des Handelsrechts geltenden § 35 BGB. enthalten[2]). Ihmzufolge können keinem Mitgliede irgendeines Vereins „Sonderrechte" ohne seine Zustimmung von der Mitgliederversammlung beeinträchtigt werden. Daraus ist mit Müller-Erzbach der weitere Satz zu entnehmen, daß durch Entscheidungen der Mehrheit auch keinem Mitgliede Sonderbenachteiligungen und Sonderpflichten auferlegt werden können. Es ist also der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Mitglieder im § 35 BGB. anerkannt worden[3]).

Damit ist freilich bisher nur festgestellt, daß der Grundsatz der Gleichbehandlung vom Gesetzgeber nicht vergessen worden ist. Über den Begriff der Gleichbehandlung, die wir als relativ festgestellt hatten, gibt der Gesetzgeber in einer anderen, hier allerdings nicht in Betracht kommenden Gesetzesstelle Aufschluß. Sie soll hier aber trotzdem Erwähnung finden, weil sie uns den Beweis liefert, daß auch der Gesetzgeber selbst den Gleichbehandlungsgedanken nicht absolut betrachtet wissen will.

1) So u. a. v. Thur, I, S. 513, 514; neuerdings Gado in Gruch. Beitr. Bd. 66.

2) u. a. Pauly S. 28; Markowitsch S. 15; Zadek S. 60; Fischer S. 172, 339; Enneccerus a. a. O.; Hasemann a. a. O.; Planck zu § 135; Neumann § 35; Müller-Erzbach S. 278, 342.

3) Vgl. Müller-Erzbach, Handelsrecht S. 342, 278; ferner Enneccerus, I, § 105 IV. 2 S. 265; Oertmann, Komm. z. § 35, weniger deutlich Staudinger zu § 35; Kom. R. G. R. zu § 35 und fast alle Kommentatoren des BGB. zu § 35.

Es ist die Vorschrift des § 21 des Versicherungsaufsichtsgesetzes, die das relative Gleichbehandlungsprinzip auf den Schild hebt, indem sie klar und deutlich ausspricht:

„Die Beiträge der Mitglieder und die Leistungen des Vereins an die Mitglieder dürfen bei gleichen Voraussetzungen nur nach gleichen Grundsätzen bemessen sein“ [1]).

Damit wollen wir die Betrachtungen über den Begriff des nachzuweisenden Prinzipes abschließen, zumal die Begriffsbestimmung des Gleichbehandlungsgrundsatzes nach der Rechtsprechung der Praxis kein eindeutiges Ergebnis haben kann, da sie sich von Fall zu Fall behilft und den Begriff nach dem der Billigkeit entsprechenden Resultat, teils nach der einen, teils nach der anderen Seite dehnt.

Daß es nach der hier gefundenen Lösung im Einzelfalle oft erhebliche Schwierigkeiten bereitet, festzustellen, ob die Gleichbehandlung unter den Gesellschaftern gewahrt ist oder nicht, kann die Richtigkeit des herausgeschälten Begriffes nicht erschüttern. Stets wird auf den Einzelfall abgestellt werden müssen, und stets wird man sowohl die Rechte als auch die Pflichten der Gesellschafter auf Grund der wirtschaftlichen Lage gegenseitig genau abwägen müssen. Daß eine einseitige Betrachtung der Rechte oder der Pflichten der Gesellschafter nicht zum Ziele führen kann, erscheint nach dem Gesagten selbstverständlich.

§ 3.

Gleichbehandlung und Sonderrechte.

Wenn schon bei der Ermittlung des Begriffes der Gleichbehandlung erhebliche Meinungsverschiedenheiten in

1) Müller-Erzbach Bd. II S. 694—95.

der Theorie zu verzeichnen gewesen sind, so gerät man bei der Feststellung der juristischen Struktur des Prinzipes auf noch größere Schwierigkeiten. Bereits oben ist hervorgehoben worden, daß in § 35 BGB. die einzige Gesetzesstelle zu suchen ist, aus der der Gleichbehandlungsgedanke für die juristischen Personen des Handelsrechts zu entnehmen ist. Damit wird aber der nachzuweisende Grundsatz in den Streit über den Begriff der Sonderrechte hineingezogen, in einen Streit, der ohne Übertreibung bisher ungefähr 40 verschiedene Theorien hervorgerufen hat. Die Theorien alle restlos aufzuzählen und miteinander zu vergleichen, kann nicht Aufgabe dieser Arbeit sein[1]). In die Erörterung über die Sonderrechte soll hier vielmehr nur insoweit eingegriffen werden, als dies zur Ermittlung der rechtlichen Natur des Gleichbehandlungsgrundsatzes notwendig erscheint, d. h. m. a. W.: Es ist festzustellen, ob das Prinzip den Sonderrechten zuzurechnen ist oder nicht. Diese Frage wird von den einzelnen Theorien verschieden beantwortet. Sie setzt notwendig eine Festlegung des Begriffes der Sonderrechte voraus.

Was versteht man unter Sonderrechten im Sinne des § 35 BGB.?

Von der sprachlichen Bedeutung des Wortes „Sonderrecht" ausgehend, ist man in der Theorie je nach der Art der Betrachtung zu zwei Ergebnissen gelangt[2])[3]). Ent-

1) Zusammenstellungen, die allerdings sämtlich der Vollständigkeit entbehren, finden sich bes. bei Pauly, Zadek, Markowitsch, Bachmann, Alexander, Lehmann u. neuerd. Gadow.

2) Pauly S. 15.

3) von versch. Autoren werden die Sonderrechtstheorien in drei Gruppen eingeteilt, da sie neben den beiden auch in dies. Abhdl. genannten Theorien noch diejenigen zu einer Einheit zusammenfassen, die eine Bestimmbarkeit des Begriffes der Sonderrechte ablehnen. Die

weder bezeichnet man damit das Recht eines Mitgliedes oder einer Klasse von Mitgliedern, das seinem Inhaber im Vereinsverhältnis ein Plus gewährt, dem Berechtigten eine Sonderstellung im Vereinsverhältnis verschafft, alsdann ist die Bedeutung Sonderrecht gleich Vorrecht, oder man will mit dieser Bezeichnung einen Teil der Rechtstellung der Mitglieder eines Vereins überhaupt treffen, denjenigen Teil nämlich, der jedem Mitglied der Korporation als solcher gegenüber als „besonderer" verbleibt, wo es, obschon es, als Mitglied Teil eines höheren Ganzen ist, in seiner Eigenschaft als Individuum geachtet wird [1]). Diese Auslegung kommt zu dem Ergebnis, daß jedes Mitglied gewisse Rechte besitzt, die ihm nicht entzogen werden können. Sie läuft also letzten Endes darauf hinaus, Sonderrechte mit unentziehbaren Rechten zu identifizieren [2]). Sie gelangt damit in einen gewissen Gegensatz zu den Theorien, die in Sonderrechten nur Vorrechte erblicken, da es zweifellos auch unentziehbare Rechte gibt, die sich nicht mit Vorrechten decken. Die Theorie der sonderrechtlichen Vorrechte hat unter anderem den Vorteil der Exaktheit; denn welche Rechte als Vorrechte anzusehen sind, darüber herrscht kein Streit. Zu erheblichen Schwierigkeiten gelangen indessen die Theorien, die das Kriterium der Sonderrechte in deren Unentziehbarkeit erblicken. Es erhebt sich nämlich für die Verfechter dieser Ansicht die weitere Frage, welche Rechte unentziehbar sind. Sie ver-

---

Anhänger dieser Richtung — u. a. Gierke u. Horrwitz sind hier nicht mitbehandelt, da sie keinen Weg zeigen, nach dem der Begriff der Sonderrechte bestimmt werden kann.

1) Staub sagt a. a. O.: Sonderrechte sind diejenigen Rechte, über welche nicht der Gesamtwille der Aktionäre sondern nur der Sonderwille der berechtigten Aktionäre disponieren kann.

2) vgl. Horrwitz S. 33.

schieben das Problem nur, aber lösen es nicht. Die Vorrechte fallen natürlich auch unter die unentziehbaren Rechte, aber, um die allgemeinen Mitgliedsschaftsrechte, die unentziehbaren Charakter haben, festzustellen, mußte man notwendigermaßen zu neuen Definitionen seine Zuflucht nehmen. So schossen und schießen[1]) die Theorien wie Pilze aus der Erde. Unter anderem wird behauptet, diejenigen Rechte seien als Sonderrechte anzusehen, die dem einzelnen Mitgliede kraft eigenen Rechts gegenüber der Gesellschaft im Gegensatz zu den sog. Gesamtrechten[2]) zuständen[3]). Eine andere Ansicht will nur die besonders wichtigen Rechte als Sonderrechte gelten lassen[4]), und eine dritte Auffassung[5]) spricht sich dahin aus, daß sich eine allgemeine Regel nicht aufstellen lasse, vielmehr in jedem Einzelfall eine Entscheidung getroffen werden müsse. Insbesondere betont Oertmann[6]) im Anschluß an die Auffassung, die im Sonderrecht nur ein Vorrecht sehen will, daß das Ausschlaggebende für den Begriff des Sonderrechts die Selbstnützigkeit sein müsse. Bei diesen weit auseinandergehenden Anschauungen, die im allgemeinen über den Begriff des Sonderrechts herrschen, wird man, je nachdem man den einen oder den anderen Maßstab anlegt, den Sonderrechtscharakter des Gleichbehandlungsprinzipes verneinen oder bejahen.

1) Neuerdings Gadow in Gruch. Beitr. 1923.

2) Deren Ausübung nicht jedem einzelnen Gesellschafter als solchem, sondern nur der organisierten Gesamtheit der Gesellschaft zusteht.

3) Makower, § 252, Anm. 2a.

4) Lehmann, Recht der Aktiengesellschaften a. a. O.: Ein Recht, das für den Durchschnittsaktionär von solcher Wichtigkeit ist, daß er ohne dessen Vorhandensein der Gesellschaft nicht beigetreten wäre.

5) Gierke a. a. O. Deutsches Privatr., Bd. I, S. 536.

6) Oertmann, Kom. z. BGB. § 35, Anm. 4a.

Um aber in der Frage, ob das Gleichbehandlungsprinzip (von nun an abgekürzt G. P.) als Sonderrecht zu werten ist, zu einem Schluß zu kommen, seien hier noch einige Vertreter derjenigen Auffassung genannt, die in den Sonderrechten nur Vorrechte sieht. Enneccerus[1]) definiert Sonderrechte als „Bevorrechtigungen, die einem Mitgliede (oder einer bestimmten Gruppe von solchen) zustehen". Diese Ansicht teilt auch das Reichsgericht[2]), indem es das Sonderrecht bezeichnet als ein „aus der Mitgliedschaft hervorgegangenes, von den Rechten der übrigen Mitglieder verschiedenes Individualrecht eines Mitgliedes gegen die Gesellschaft". Wenn Staub nun anderseits behauptet, unentziehbare Aktionärsrechte seien Sonderrechte, so erscheint der Schluß gerechtfertigt, daß diese Definition sich nicht mit der Vorstellung deckt, die mit dem eigentümlichen Charakter eines Sonderrechts allgemein verbunden wird. Es ist vielmehr zu unterscheiden zwischen Sonderrechten und unentziehbaren Mitgliederrechten. Die Unentziehbarkeit beweist nichts für die Sonderrechtsnatur des Gleichbehandlungsrechts. § 35 besagt nicht, Sonderrechte sind unentziehbare Rechte, sondern er erklärt lediglich die Unentziehbarkeit als eine der Eigenschaften eines Sonderrechts, ohne damit behaupten zu wollen, daß alle unentziehbaren Rechte unbedingt Sonderrechte sein müssen[3]). Die Hervorhebung der Unentziehbarkeit bringt nicht das dem Sonderrechte Charakteristische zum Ausdruck. Es besteht vielmehr, wie aus den vor Staub zuletzt genannten Definitionen zu ent-

1) Enneccerus Bd. I, S. 267.

2) R. G. Bd. 49, S. 151, 80, 381; ähnl. Fischer-Henle zu § 35; Planck zu § 35, 5 a.

3) Bachmann S. 15.

nehmen ist, darin, daß das Sonderrecht dem Berechtigten gegenüber anderen Personen eine bevorzugte Rechtsstellung einräumt [1]). Deshalb sind die Rechte, zu denen das G. P. gehört, nicht als Sonderrechte zu werten; denn sie stehen allen Gesellschaftern zu und stellen keine Vorrechte dar.

Die Theorie, die als Sonderrechte nur Vorrechte erklärt, hat wohl die meisten Anhänger und ist als herrschende zu bezeichnen [2]).

Es muß in der Tat, um auf die bereits vorher erörterte Frage der Auslegung des Wortes „Sonderrecht" nochmals zurückzukommen, die Meinung, die dieses Wort im Sinne eines Sonderrechtskomplexes jedes Mitgliedes aufgefaßt wissen will, als recht gekünstelt und dem gesunden Sprachgefühl widersprechend angesehen werden [3]). Vollends aber leidet diese Ansicht in ihren Ergebnissen Schiffbruch. Denn sie führt dahin, daß allgemeine Mitgliedschaftsrechte u. U. als Sonderrechte zu betrachten sind; nämlich sobald ihre Unentziehbarkeit feststeht. Wenn der Gesetzgeber von „Sonder"rechten spricht, dann meint er

1) Laband a. a. O., dem von Zadek (S. 67) u. anderen zu Unrecht vorgeworfen wird, daß er beim G. P. von seiner Theorie, die nur Vorrechte als Sonderrechte anerkennt, insofern eine Ausnahme mache, als er den genannten Grundsatz für unabänderlich erkläre, obwohl er allen Gesellschaftern zustehe. Eine derartige Kritik läßt die Möglichkeit unentziehbarer Mitgliederrechte ohne sonderrechtlichen Charakter außer Acht.

2) Zu ihren Anhängern zählen u. a. Crome, Dernburg, Cosack, Eck, Leonhard, Enneccerus, Hölder, Leist, Kuhlenbeck, Bachmann, Pauly, Müller-Erzbach, Zittelmann und Riedel. Neuerdings ist sie von Gadow in Gruch. Beitr. Bd. 66 ohne wesentlich neue Gründe bestritten worden. Die Theorie Gadows ist praktisch genau so wenig brauchbar wie die seiner Vorgänger.

3) a. A. Markowitsch S. 30, Anm. 5. der u. E. ohne Grund diese Auslegung als oberflächlich und an dem Wortlaut klebend erklärt. Der gleich. Ansicht dagegen Pauly S. 34 ff; Haasemann S. 13; Riedel S. 36.

keine allen zustehenden allgemeine Mitgliedschaftsrechte. Die Theorien, die unter Sonderrechten auch allgemeine Mitgliedschaftsrechte verstehen, müssen demnach abgelehnt werden, zumal es äußerst zweifelhaft erscheint, ob sie jemals zu einem lebensechten, brauchbaren Ergebnis führen werden. Nach der hier vertretenen Auffassung können in den Sonderrechten nur Vorrechte gesehen werden. Sie bedeuten gerade den Gegensatz bezw. die Ausnahme vom Gleichbehandlungsgrundsatz, der damit zugleich als allgemeines unentziehbares Mitgliedschaftsrecht bezeichnet werden muß[1]).

§ 5.

Die rechtliche Natur des Grundsatzes der Gleichbehandlung.

Aus der Gegenüberstellung von Sonderrecht und Gleichbehandlungsrecht haben wir bisher nur entnehmen können, daß das G. P. zu den Rechten gehört, die allen Gesellschaftern aus der Mitgliedschaft selbst zustehen.

Es bleibt noch zu untersuchen, in welchem Maße das G. P. unentziehbar, ob es zwingenden und öffentlichen

---

1) Vgl. Bachmann S. 52 „Gerade die Sonderrechte sind es, die dieses Prinzip durchbrechen und eine Klasse von Vorrechten für die vertraglich berechtigten Aktionäre schaffen". Pauly, „Sonderrechte im Sinne des § 35 BGB. sind nur solche Mitgliederrechte vermögensrechtlicher oder nicht vermögensrechtlicher Art, die sich von den gewöhnlichen Mitgliedschaftsrechten unterscheiden". Müller-Erzbach S. 278, „Will man sich nun nicht ganz über den von § 35 gebrauchten Ausdruck „Sonderrechte" hinwegsetzen, so können darunter nur solche Rechte verstanden werden, die nicht allen Mitgliedern eines Vereins ohne weiteres schon kraft ihrer Mitgliedschaft zustehen. Diese allgemeinen Rechte machen vielmehr gerade den Gegensatz zu den „Sonderrechten" aus. Letztere sind also nur Vorrechte, die allein einem Mitglied oder lediglich einer Gruppe von Mitgliedern zustehen. Vgl. ferner R. G. 57, 174; 68, 210; 80, 389.

Charakters ist und ob das Recht auf Gleichbehandlung überhaupt als Recht im subjektiven Sinne anzusprechen ist. Keine dieser Fragen ist unbestritten.

Wir haben im vorigen Abschnitt das aus § 35 BGB. durch Analogieschluß [1]) abgeleitete Gleichbehandlungsrecht als unentziehbar bezeichnet. An dem Ergebnis als solchem soll hier selbstverständlich nicht gerüttelt werden; doch bedarf der Satz insofern einer Einschränkung, als das G. P., wie die Sonderrechte, unter der Voraussetzung entziehbar ist, daß die von einer ungleichen Behandlung getroffenen Gesellschafter ihre Einwilligung dazu geben. Das folgt unmittelbar aus dem Wortlaut des § 35 BGB. und bedarf deshalb keiner näheren Begründung. Das Gleichbehandlungsrecht ist also nur wider den Willen der ungleich zu Behandelnden nicht entziehbar, m. a. W. verzichtbar. Anderer Ansicht ist Horrwitz S. 45 ff, 58. Er bezeichnet den Grundsatz der Gleichbehandlung als ein unverzichtbares Sonderrecht. Die Tatsache, daß das G. P. mit Zustimmung der Betroffenen durchbrochen werden kann, sucht er damit zu begründen, daß er neben dem Verzicht auf das Recht im allgemeinen den Verzicht auf die Ausübung des Rechts im Einzelfall setzt und letzteres für zulässig erklärt. Die Auslegung muß als gekünstelt bezeichnet werden, enthält aber immerhin insofern einen wahren Kern, als sie darauf hinweist, daß einem Verzicht auf das G. P. im allgemeinen ein sogenannter Generalkonsens für ungleiche Behandlung aus § 35 nicht entnommen werden darf.

Damit begeben wir uns schon zu der Frage, ob in dem Gleichbehandlungsgrundsatz eine Norm zwingenden Charakters gesehen werden darf. Der Ausdruck, den der Gesetzgeber im § 35 BGB. gebraucht, — „kann nicht" —

1) Müller-Erzbach, Handelsrecht I a. a. O.

deutet darauf hin. Daß aber das Grundrecht der Gleichbehandlung nicht als absolut zwingend zu betrachten ist, folgt aus den gleichen, bereits für die Verneinung der Unverzichtbarkeit sprechenden Gründen. Der Gesetzgeber nimmt, indem er Abweichungen vom G. P. mit Einverständnis der Betroffenen zuläßt, dem Gleichbehandlungsgedanken die absolut zwingende Eigenschaft. So sagt Zadek[1]) mit Recht, es handele sich bei dem G. P. zwar um einen zwingenden Rechtssatz, dem allerdings nur insoweit diese Eigenschaft zukäme, als ohne Zustimmung nicht von ihm abgewichen werden dürfe. Man wird mit Zadek annehmen müssen, daß das G. P. eine zwingende Norm im abgeschwächten Sinne darstellt.

Vielfach wird auch behauptet, das Gleichbehandlungsrecht sei öffentlich-rechtlichen Charakters[2]). Dem kann indessen nicht beigepflichtet werden. Denn das Gleichbehandlungsrecht dient nur dem Interessenausgleich der Gesellschafter. Es ist, wenn auch zwingend, kein Recht im Sinne eines im öffentlichen Interesse der Parteidisposition entzogenen Rechtssatzes. Verletzt werden durch Abweichungen vom Gleichbehandlungsprinzip nur die privaten Interessen der betroffenen Gesellschafter.

Die hier erörterten Fragen sind besonders wichtig, da von ihnen die Beantwortung der Frage abhängt, welche Rechtslage durch Beschlüsse geschaffen wird, die gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen. Sind derartige Beschlüsse nichtig oder anfechtbar?

Als nichtig bezeichnet man im allgemeinen jedes Geschäft, dem die als gewollt bezeichnete Rechtsfolge end-

1) Zadek S. 77, a. A. anscheinend Lehmann-Ring § 250, Anm. 5; Horrwitz S. 45.

2) So u. a. Lehmann-Ring § 250, Anm. 5.

gültig versagt ist[1]). Das absolut nichtige Geschäft kann nicht nachträglich gültig werden, insbesondere — streng-genommen — nicht bestätigt werden. Allein neben dieser absoluten Nichtigkeit kennt das bürgerliche Recht noch eine unentschiedene, eine schwebende Nichtigkeit. Ein unter diesem Mangel leidendes Rechtsgeschäft wird meistens als vorläufig gültig angesehen, aber, wenn jene Erklärung erfolgt, mit rückwirkender Kraft wieder aufgehoben. Eine derartige schwebende Nichtigkeit unterscheidet sich in ihren Wirkungen kaum von einem nur anfechtbaren Rechtsgeschäft, das ebenfalls vorläufig gültig, erst mit der erfolgten Anfechtung rückwirkend nichtig wird. So sagt Enneccerus mit Recht:

„Anfechtbarkeit ist in Wahrheit eine schwebende, von dem Willen des Anfechtungsberechtigten abhängige Nichtigkeit, verbunden mit der Annahme vorläufiger Geltung".

Die Begriffe der schwebenden Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit fließen also ineinander über.

Unter einen von beiden ist aber ein gegen das G. P. verstoßender Beschluß zu subsumieren[2]). Die Frage ist insofern von Bedeutung, als für einen Teil der juristischen Person des Handelsrechts, so auch für die A. G., bei der Annahme der Nichtigkeit neben der Anfechtungsklage, die an einschränkende Formalien gebunden ist, auch noch eine Feststellungsklage nach der ZPO. möglich ist. Überwiegend wird von den Schriftstellern neben der Anfechtungsklage auch die Nichtigkeitsklage zugelassen und damit die zweifelhafte Frage zugunsten der schwebenden Nichtigkeit ent-

1) Vgl. Enneccerus, I, S. 514 ff.
2) Enneccerus, I, S. 514 ff.

schieden[1])[2]). Neuerdings wird mit Rücksicht auf die sich in der Praxis ergebenden Schwierigkeiten namentlich von Staub[3]) ein Standpunkt eingenommen, der im Ergebnis dahin kommt, in dem das Gleichbehandlungsrecht verletzenden Beschlusse nur eine anfechtbare Rechtshandlung zu erblicken. Staub äußert sich wie folgt:

„Bei eingehender Erwägung der Natur der Sonderrechte — Staub bezeichnet das G. P. bekanntlich als Sonderrecht — erscheint es nicht als geboten, die Rechtssicherheit durch die unbedingte Zulassung der Nichtigkeitsklage zu gefährden. Sonderrechte sind Rechte, die allen oder einzelnen Aktionären als solchen zustehen. Sie sind Privatrechte und als solche im Zweifel, soweit nicht öffentlich-rechtliche Interessen in Frage kommen, verzichtbar. Es ist nun unzweifelhaft unzulässig, derartige Sonderrechte zu beseitigen. Ein solcher Beschluß wäre unheilbar nichtig. Anders, wenn ein Beschluß im einzelnen Falle in das Sonderrecht eingreift, z. B. wenn der Beschluß einer Sanierung das Recht auf Gleichbehandlung berührt. Zweifellos kann — und schon dies spricht gegen die Nichtigkeit — hier der Verletzte ausdrücklich auf sein Recht der Anfechtung verzichten. Dem ausdrücklichen Verzicht aber steht nach aktienrechtlichen Vorschriften die Nichtanfechtung innerhalb der Frist des § 271 HGB. gleich. Gerade für solche Fälle ist § 271

---

1) Fischer S. 204; Horrwitz S. 123 vb. mit 119, wohl auch Frank-Fahle S. 118; Zadek S. 120 spricht von relativer Nichtigkeit. Das ist jedoch unzutreffend, weil ein angefochtener Beschluß schon aus praktischen Gesichtspunkten heraus allen Gesellschaftern gegenüber nichtig sein muß.

2) Über die Möglichkeit einer Klagenkonkurrenz vgl. Kipp i. d. Festschr. f. Marwitz „Doppelwirkungen im Recht".

3) Vgl. § 273, Anm. 18.

gegeben, um die Gültigkeit von Beschlüssen nicht dauernd in der Schwebe zu lassen, obgleich Satzung oder Gesetz verletzt ist. Auch die Verletzung von Sonderrechten ist eine Verletzung eines rein privatrechtlichen, zum Schutz der Aktionäre gegebenen Gesetzes, sie fällt also unter § 271".

Zu dem gleichen Ergebnis gelangt Alexander, der in der Anfechtungsklage aus § 271 bereits eine Art der Feststellungsklage erblickt und die zivilprozessuale Klage deshalb nicht mehr zulassen will. Nach ihm (S. 54) ist ein Beschluß in der Regel rechtsbeständig und für die Organe des Vereins verbindlich, soweit nicht eine absolute Nichtigkeit vorliegt.

Während Alexander die Frage, ob bei einem Verstoß gegen das Gleichbehandlungsrecht Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit gegeben ist, vorsichtig umgeht, wird neuestens anläßlich des bei Goldmarkumstellungen indirekt wieder in den Vordergrund tretenden Gleichbehandlungsproblems [1]) die Frage dahin entschieden, daß ein Verstoß gegen das Prinzip nur Anfechtbarkeit begründet. So sagt Hueck [2]) in einer den Gleichbehandlungsgedanken berührenden Abhandlung: „Ein Beschluß, der gegen eine, bloß den Schutz der vorhandenen Aktionäre bezweckende Bestimmung verstößt, ist nicht absolut nichtig, wohl aber unterliegt er der Anfechtung". Ähnlich äußert sich Flechtheim [3]), der die Möglichkeit einer Anfechtung für genügend erklärt.

Aus dem Dilemma, ob schwebende Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit eines gegen das G. P. verstoßenden Be-

1) Stets handelt es sich um Fälle, in denen eine Aktiengattung bei der Umstellung gegenüber einer anderen benachteiligt wird.

2) Hueck S. 280, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von G. V.-Beschlüssen der A. G. Benzheimer 1924, S. 62 ff.

3) Recht 1924, S. 229.

schlusses anzunehmen ist, kommt man in der Praxis heraus, wenn man sich von dem in der Literatur des öfteren vertretenen Gedanken frei macht, daß ein Verzicht nicht bereits durch das fruchtlose Verstreichenlassen der im § 271 vorgesehenen Anfechtungsfrist begründet werden könne[1]). Im Interesse der allgemeinen Rechtssicherheit ist es unbedingt erforderlich, daß ein das G. P. verletzender Beschluß in kürzester Frist konvalesziert, und Staub ist vollkommen darin Recht zu geben, daß es zu ganz unhaltbaren Zuständen führen kann, wenn ein Gesellschafter noch nach Jahren mit der Nichtigkeitsklage Beschlüsse, die gegen das G. P. verstoßen, beseitigen kann. Die Zulässigkeit einer Nichtigkeitsfeststellungsklage muß demnach verneint werden.

Nunmehr soll im Anschluß an die versuchte Klarstellung der Haupteigenschaften des Gleichbehandlungsgrundsatzes noch der Frage Erwähnung getan werden, ob in dem Grundrecht der gleichen Behandlung ein subjektives Recht oder nur das notwendige Ergebnis einer objektiven, die Rechte der Generalversammlung einschränkenden Rechtsregel erblickt werden kann. Letzteres ist in dem bereits wiederholt zitierten Aufsatze über Sonderrechte in Hirth's Annalen von Laband wohl zuerst behauptet und dann von einer Reihe von Autoren aufgegriffen worden[2]). Diese Ansicht wird meist damit begründet, daß sich aus dem G. P. niemals ein positiver Anspruch herleiten lasse, sondern nur die Ungültigkeit eines Beschlusses damit begründet werden könne. Allein in einer derartigen Eigen-

1) So u. a. wohl Horrwitz S. 85.

2) Laband in Hirths Annalen 1874, VII, S. 1499 ff.; Bachmann, Sonderrechte d. A. S. 128; Cosack, Handelsr. S. 598; Leist, Sanierungen S. 64; Wohlwill S. 36.

schaft darf wohl nicht ein Merkmal gesehen werden, mit Hilfe dessen das subjektive Recht vom objektiven Recht geschieden werden kann. Auszugehen ist vielmehr von dem Begriffe des subjektiven und objektiven Rechts selbst.

Enneccerus [1]) versteht unter objektivem Recht die Rechtsordnung, der er das subjektive Recht, die Berechtigung, gegenüberstellt. Daneben gibt er noch eine Definition des subjektiven Rechts, das er als die von der Rechtsordnung verliehene, zur Befriedigung menschlicher Interessen dienende Macht bezeichnet. Hierzu bemerkt Enneccerus noch, daß ein subjektives Recht im technisch-juristischen Sinne nur dann vorliege, wenn jene von der Rechtsordnung anerkannte Macht als ein festes, der Person zugeeignetes Machtverhältnis gedacht wird. Sodann fährt Enneccerus wörtlich fort: „Das bloße Bestehen von Rechtsgeboten (Normen) zugunsten jemandes gibt diesem noch nicht die Erlaubnis oder Befugnis, irgendwie seinen Willen zu betätigen. Wer durch Normen geschützt ist, ist darum noch nicht berechtigt. Normenschutz (oder Rechtsbegünstigung) und subjektives Recht sind nicht identisch. Aber auch wo eigene Willensbetätigung gestattet ist, kann es sich um bloßen Normenschutz handeln, und die Frage, ob nur ein solcher oder ob ein subjektives Recht anzunehmen sei, ist nicht durch logische Folgerung aus dem Inhalt der gestatteten Willensbetätigung zu erschließen, sondern lediglich nach den Vorschriften des positiven Rechts zu entscheiden.

Es kommt darauf an, ob jenes Dürfen oder Können als eine dem einzelnen fest zugeeignete Macht, als eine Rechtsmacht, sein Recht, betrachtet und praktisch behandelt wird".

Aus dieser Theorie läßt sich noch nicht ohne weiteres

1) Enneccerus, I, S. 158 ff.

entnehmen, ob das G. P. zu der einen oder zu der anderen Gattung zuzurechnen ist. Berücksichtigt man aber, daß das subjektive Recht vom objektiven Recht abhängig ist [1]), so gelangt man zu der Ansicht daß jede Rechtsnorm in dem Augenblicke, wo sie sich im Einzelfall zugunsten der sich auf sie berufenden Menschen auswirkt, sich von einem bloßen Rechtssatz zu einem Rechtsverhältnis umwandelt. Als objektives Recht kann eine Norm also nur solange gewertet werden, als sie von keinem Rechtsschutz suchenden Individuum für einen besonderen Fall herangezogen wird, vielmehr mit andern Rechtsnormen zusammen gewissermaßen untätig ihrer Inanspruchnahme harrt.

Danach muß auch das G. P., selbst wenn es im allgemeinen nur eine objektive Rechtsregel darstellt, sich in dem Augenblick zu einem subjektiven Recht verwandeln, wo es im Einzelfalle praktisch in Erscheinung tritt. Jedes Recht, sei es vom Gesetzgeber ausdrücklich ausgesprochen, oder lediglich aus dem Geist der Gesetzgebung zu entnehmen, muß deshalb im Falle praktischer Anwendung als subjektives Recht angesprochen werden. Das G. P. selbst ist also gegebenenfalls auch als subjektives Recht zu werten. Auch Enneccerus [2]) kommt zu demselben Ergebnis. Er nennt das G. P. mit unter den aus der Mitgliedschaft hervorgehenden Rechten, nachdem er kurz vorher bemerkt hat, daß die aus der Mitgliedschaft entspringenden Rechte auch wahre Rechte, nicht etwa nur Reflexwirkungen des Vereinsverhältnisses seien [3]).

1) Vgl. Gierke, Dtsch. Privatr. I, S. 112 ff., der das obj. Recht als Inbegriff der Rechtssätze und das subj. Recht als Inbegriff der Rechtsverhältnisse bezeichnet.

2) Enneccerus, I, S. 264—65.

3) Wenn wir auch Enneccerus insofern nicht ganz beipflichten

Mit den vorhergehenden Ausführungen sollen die Betrachtungen über den Begriff und das Wesen des G. P. im allgemeinen abgeschlossen werden. Wir werden bereits im nächsten Abschnitt Gelegenheit haben, festzustellen, daß der hier lediglich aus einer für die juristischen Personen des Handelsrechts subsidiär geltenden Vorschrift des BGB. gewonnene Grundsatz auch den Handelsgesellschaften, die der eigenen Rechtspersönlichkeit entbehren, immanent ist. Eine selbstverständliche Schranke findet das G. P., das auch häufig sprachlich ungenau als Grundrecht der „Gleichberechtigung" bezeichnet wird, im Gesetze selbst. Unsere Aufgabe wird sich demgemäß darauf beschränken festzustellen, in welchen Fällen das Gesetz ausdrücklich vom relativen Gleichbehandlungsgrundsatz abweicht, bezw. in welchen Fällen es eine derartige Abweichung zwar nicht ausdrücklich vorschreibt, aber als statutarisch zulässig erwähnt und damit den Gesellschaftern die Möglichkeit gewährt, den Grundsatz zu umgehen. In dem anschließenden besonderen Teil werden nunmehr die Extreme der Handelsgesellschaften, die o. H. G. und die A. G., gegenübergestellt werden. Das wenige, was über die geschichtliche Entwicklung des Gleichbehandlungsgedankens gesagt werden kann, wird im Schluß Erwähnung finden.

---

können, als wir im Gegensatz zu ihm das G. P. nicht als Bestandteil der Mitgliedschaft betrachten, so deckt sich unsere Ansicht doch andererseits wieder mit der von E., die das G. P. als subjektives Recht anerkennt.

II. Hauptteil.

Der Grundsatz der Gleichbehandlung in der offenen Handelsgesellschaft und Aktiengesellschaft.

Das Recht auf gleiche Behandlung in der offenen Handelsgesellschaft.

§ 5.

Vertragsfreiheit und Gleichbehandlung.

In der Einleitung ist bereits festgestellt worden, daß die o. H. G. ihrer rechtlichen Struktur nach als eine modifizierte BGB.-Gesellschaft und nicht etwa als juristische Person zu betrachten ist. Gleichzeitig wurde bemerkt, daß infolgedessen für den Grundsatz der Gleichbehandlung nichts aus § 35 BGB. geschlossen werden darf, sondern daß versucht werden muß nachzuweisen, daß der Gleichbehandlungsgedanke aus dem Geiste des Gesetzes selbst hervorgeht.

Ein derartiger Beweis kann naturgemäß nur dadurch geführt werden, daß nacheinander die wichtigsten Bestimmungen der das Recht der o. H. G. regelnden Vorschriften herausgegriffen und unter die Lupe der Gleichbehandlung gelegt werden.

Bevor dies geschieht, bleibt jedoch noch zu prüfen, ob eine derartige Beweismethode im gegebenen Falle überhaupt eingeschlagen werden darf. Diese Frage ist durchaus nicht unberechtigt. Sie taucht auf bei der für die o. H. G. sehr wichtigen Bestimmung des § 109 HGB., der für das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander Vertragsfreiheit proklamiert und die nachfolgenden Gesetzesvorschriften über dieses Gebiet nur subsidiär für anwendbar erklärt. Aus der Fassung des § 109 BGB. ergibt sich außerdem,

daß der Vertrag nicht nur die in dem betr. Abschnitte des Gesetzbuches berührten Punkte selbständig regeln kann, sondern daß er auch die Bestimmungen des Gesetzes, die für die äußeren Verhältnisse gegeben sind, und die die Gesellschafter in ihrem Verkehr mit der Außenwelt innehalten müssen, für die inneren Verhältnisse (!) modifizieren darf (z. B. kann der Vertrag im Inneren die Solidarhaft beschränken). Ja, es kann sogar einer Vereinigung, die nach außen als o. H. G. erscheint, im Inneren ein von der Sozietät ganz abweichendes Verhältnis zugrunde liegen[1]). So besteht also für die Regelung der inneren Verhältnisse im weitesten Umfange Vertragsfreiheit.

Hat es da Zweck, die nur mit wenigen Ausnahmen rein subsidiären Gesetzesbestimmungen auf die Gültigkeit unseres Prinzipes zu untersuchen? Macht nicht die Praxis, die an Stelle dieser dispositiven Gesetzesvorschriften nur allzu häufig aus den verschiedensten Gesellschaftsformen zusammengesuchte neue Rechtsgebilde setzt, auch das Beschreiten dieses letzten Weges der Beweisführung unmöglich?

In der Einleitung ist bereits bemerkt worden, daß eine Ungleichartigkeit der zur Mitwirkung zum gemeinsamen Zwecke von den einzelnen Teilhabern beigesellten Leistungen dem G. P. keineswegs wider- sondern eher entspricht, weil die Gewinnung gemeinschaftlicher Resultate wie jeglicher Produktion, häufig gerade aus der Verbindung ungleichartiger Kräfte hervorgeht. „Bald bildet persönliche Tätigkeit, Sach- und Geschäftskenntnis oder sonstige Tüchtigkeit des einen das Gegengewicht für die größere oder geringere Kapitaleinlage, welche der andere

1) Vgl. Mahnkopf S. 8. Näheres unten S. 50.

in Geld oder Geldeswert, in Einzelsachen, als Gebäulichkeiten, Waren, Materialien usw. einbringt. Ebensowohl kann die gesellschaftliche Beisteuer in der Übertragung von kaufmännischen Verbindungen, der Kundschaft und vor allem des Kredits bestehen, den der Gesellschafter für seine Person genießt“ [1]).

Wie hätte es bei einer derartigen Fülle von verschiedenen Zwecken, die die Gesellschafter zusammenführt, und bei einer so großen Differenzierung in ihren Anlagen und Fähigkeiten der Gesetzgeber wagen können, sämtliche sich bildenden Vereinigungen in eine bestimmte Form zu zwängen. Hätten nicht notwendig die Vorschriften, die einem Teil der Gesellschaften vorteilhaft gewesen wären, einem anderen Teil zum Nachteil gereichen müssen? Es ist der relative Gleichbehandlungsgedanke, der den Gesetzgeber dahin führte, gerade diese Gesellschaftsform, die auf Arbeit und Kapital beruhend, die ungleichartigsten Kräfte in sich vereinigt, deren Mitglieder häufig nicht nur dem Grade, sondern auch der Art ihrer Beteiligung nach vollkommen verschieden zu behandeln sind, nur subsidiär zu regeln. Wie wir bei der Feststellung des Begriffes der Gleichbehandlung den absoluten Charakter des Prinzipes verworfen haben, so konnte sich auch der Gesetzgeber der Einsicht nicht verschließen, daß ungleiche Verhältnisse stets nur relativ gewertet werden können.

In der subsidiären Natur der die o. H. G. regelnden Gesetzesbestimmungen ist also lediglich die Verneinung der absoluten Gleichbehandlung zugunsten der relativen zu sehen. Der Gesetzgeber hat damit nur anerkannt, daß keine auch noch so sorgfältig und fein ausgearbeiteten

1) Auerbach, Gesellschaftswesen § 2 S. 11 ff.

Normen der Vielgestaltigkeit des täglichen Lebens gerecht zu werden vermögen. Er mußte und konnte, dem gesunden Egoismus der Menschen Rechnung tragend, es den Gesellschaftern selbst überlassen, ihr Recht auf gleiche Behandlung untereinander zu wahren. Er durfte dies um so leichteren Herzens tun, als die o. H. G. ein vertragsartiges Gebilde darstellt, das auf dem Vertrauen sämtlicher Mitglieder beruht und auf dem Prinzip der Einhelligkeit aufgebaut ist, dementsprechend im Gegensatz zu den juristischen Personen des Handelsrechts sowohl in seinen ursprünglichen, als auch nachträglich abgeänderten Formen stets der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter bedarf.

Demnach bietet § 109 HGB. keine Schranke für die nachfolgenden Untersuchungen. Der Gesetzgeber ist vielmehr von dem Gedanken ausgegangen, eine Grundform der o. H. G. in den §§ 105—161 HGB. festzulegen, in der sämtliche Gesellschafter mangels anderer Vereinbarungen an Arbeit und Kapital gleiche Leistungen beitragen und entsprechend ihren gleichen Pflichten auch gleiche Rechte haben. Auf den ersten Blick könnten die dieser im praktischen Leben wohl nur selten vorkommenden Form der o. H. G. entsprechenden Vorschriften leicht als Folge des absoluten Gleichbehandlungsprinzips ausgelegt werden. Einer derartigen irrtümlichen Auffassung muß aber der Inhalt des § 109 HGB entgegengesetzt werden, der auf das deutlichste beweist, daß der Gesetzgeber den von ihm gesetzten Fall der gleichen Anteilnahme sämtlicher Gesellschafter selbst als Ausnahme betrachtet und lediglich die Bildung von offenen Handelsgesellschaften durch ein beliebig modifizierbares Vorbild hat erleichtern wollen.

§ 6.

Die Hauptpflichten des Mitgliedes einer offenen Handelsgesellschaft.

Wenn auch das relative Gleichbehandlungsprinzip im Einzelfalle es erfordert, daß die Rechte und Pflichten in ihrer Gesamtheit gegeneinander abgewogen werden, so kann bei der Betrachtung der gesetzlichen Bestimmungen trotzdem zwischen Rechten und Pflichten der Gesellschafter aus Gründen der Systematik getrennt werden, da, wie oben bereits hervorgehoben, der Gesetzgeber von dem Fall ausgegangen ist, daß die Gesellschafter sämtlich in gleicher Art und Stärke beteiligt sind.

Die oberste Pflicht, die der Gesetzgeber in Ermanglung besonderer Bestimmungen allen Gesellschaftern gleichmäßig auferlegt, ist die der *Geschäftsführung*, § 114 Abs. 1 HGB. Sie korrespondiert mit dem im nächsten Abschnitt zu erörternden Recht auf die Geschäftsführung und ist ohne letzteres nicht denkbar. Die Art, in der der Gesetzgeber die Gesellschafter an der Führung der Geschäfte beteiligt hat, soll eingehend erst bei dem diesbezüglichen Recht der Gesellschafter besprochen werden. Jedoch ist der Begriff der Geschäftsführung, wie hier bereits festgestellt werden muß, scharf zu trennen von dem der Vertretung. Unter Geschäftsführung ist die innere Verwaltung der Geschäftsangelegenheiten zu verstehen, während „Vertretung" sich auf Handeln nach außen bezieht[1]).

Da die o. H. G. neben der Arbeit der Gesellschafter auch eine Kapitalbeteiligung zuläßt, so besteht neben der Pflicht zur Geschäftsführung eine weitere, die *Beitragspflicht*. Aus den Vorschriften des HGB. kann die Art

1) Lehmann, Handelsrecht S. 262.

und das Maß der Beteiligung nicht ersehen werden. In Ermanglung einer besonderen Vorschrift greift hier gem. § 105 Abs. 2 HGB. die Bestimmung des § 706 BGB. ein. Nach dieser haben die — also alle — Gesellschafter in Ermanglung einer anderen Vereinbarung gleiche Beträge beizutragen. Der Gesetzgeber, der im ersten Absatz dieser Vorschrift ausdrücklich auf ihre subsidiäre Natur hinweist, hebt im Abs. 3 der gleichen Gesetzesstelle besonders hervor, daß der Beitrag eines Gesellschafters auch in der Leistung von Diensten bestehen kann.

Eine bloße Folge der im Gesetz vertretenen Ansicht, daß in Ermanglung besonderer Vorschriften die Gesellschafter einer o. H. G. am Unternehmen im gleichen Maße beteiligt sind, zeigt sich in der ebenfalls dispositiven Vorschrift des § 112 HGB., gem. der kein Gesellschafter ohne Einwilligung der Mitgesellschafter in der von der o. H. G. vertretenen Branche Geschäfte machen darf (Konkurrenzverbot).

Neben diesen drei Hauptpflichten, die in Ermangelung besonderer Vertragsbestimmungen sämtliche Gesellschafter in dem gleichen Maße treffen, kennt das Gesetz noch die Pflicht jedes Gesellschafters, den nach Köpfen zu verteilenden Verlust anteilig zu tragen. In dieser Vorschrift kommt der Charakter der o. H. G. als einer Personalgesellschaft deutlich zum Ausdruck. Ob diese Bestimmung dem relativen G. P. voll und ganz entspricht, soll erst bei dem der Pflicht der Verlusttragung entsprechenden Rechte auf den Gewinn im nächsten Abschnitt besprochen werden. Allerdings ist bereits hier festzustellen, daß gegen eine Verlustverteilung nach dem Gesetze regelmäßig dann nichts einzuwenden ist, wenn sämtliche Gesellschafter mit Arbeit und Kapital in gleichem Maße beteiligt sind. Zu erwähnen ist an dieser Stelle noch, daß der Verlustanteil

während des Bestehens der Gesellschaft nur als ein Berechnungsmodus betrachtet werden kann, da während der Dauer der Gesellschaft die Geltendmachung des Verlustanteils gegen den Gesellschafter nicht erfolgt. Der Verlust wird nach § 120 HGB. nur seinem Kapitalkonto zur Last geschrieben, eine Schuld an die Gesellschaft entsteht hieraus jedoch noch nicht, zum reellen Vollzuge gelangt ein Passivsaldo erst beim Abschluß der Liquidation[1]).

Damit gelangen wir zu der Haftung, die sich insofern von den bisher aufgezählten Pflichten der Gesellschafter unterscheidet, als sie nicht mehr in das Innenverhältnis der Gesellschafter untereinander fällt, sondern zu den nach außen unabänderlichen Pflichten zu zählen ist, die das Verhältnis der Gesellschafter zu außenstehenden Dritten regeln. Gemäß §§ 105, 128 HGB. muß ein jeder Gesellschafter den Gläubigern der Gesellschaft gegenüber ungeachtet der Art und Höhe seiner Beteiligung mit seinem ganzen Vermögen für die Schulden der Gesellschaft einstehen. An dieser Bestimmung können interne Abmachungen unter den Gesellschaftern, auch wenn sie auf Grund wirtschaftlicher Ungleichheit noch so billig erscheinen, nicht das Mindeste ändern[2]). Denn diese Vorschrift bildet das Fundament der o. H. G. Das unbedingte Einstehen eines jeden Gesellschafters für jede Schuld der Gesellschaft verschafft dem Dritten, dem Gläubiger, der die inneren Abmachungen der Gesellschaft nicht kennt, die erforderliche Sicherheit. Die Kreditfähigkeit der o. H. G. und damit die ganze Schlagkraft dieser Form des Erwerbsunternehmens, wird begründet durch die persönliche Haftung aller Ge-

1) Staub, Anm. 4 zu § 121; Müller-Erzbach S. 197, Schuldendeckungspflicht im Falle der Auflösung des Unternehmens.

2) § 128, Satz 2 HGB.

sellschafter. Sie muß deshalb den Parteivereinbarungen der Gesellschafter entzogen werden. Daß diese dadurch nicht überflüssig werden, haben wir bereits erwähnt. Denn Vereinbarungen der Gesellschafter verpflichten zwar nicht den außenstehenden Gläubiger, der sich nach wie vor mit seiner Forderung an den Gesellschafter halten kann, der ihm am sichersten erscheint, doch, wenn dieser Gesellschafter mit seinen Gefährten eine interne Vereinbarung getroffen hat, daß er überhaupt nicht für die Gesellschaftsschulden einzustehen habe, dann kann er sich seinen Kollegen gegenüber darauf berufen und evtl. im Wege der Klage verlangen, daß sie ihm nicht nur den Betrag ersetzen, der auf sie in Ermanglung einer besonderen Vereinbarung gem. §§ 426, 735 BGB., 121 Abs. 3 HGB. kraft Gesetzes entfällt, sondern darüber hinaus kann er, sich auf die interne Bestimmung berufend, den vollen Betrag fordern, den er, dem ihn angehenden Gläubiger gemäß seiner gesamtschuldnerischen Verpflichtung ausgeantwortet hat[1]).

Dementsprechend kann diese Bestimmung, die infolge ihrer zwingenden Natur mit Wirkung nach außen nicht abgeändert werden darf und demgemäß auch bei den ungleichartigsten Beteiligungen der Gesellschafter jedem einzelnen gegenüber zu Recht besteht, kraft der unter allen Gesellschaftern gleichmäßig geltenden Ausgleichungspflicht nicht als Verstoß gegen das G. P. aufgefaßt werden.

Damit sind die Pflichten der Gesellschafter erschöpft. Ihnen stellen wir die Rechte gegenüber.

1) Über die Anwendbarkeit der §§ 421 ff. BGB. vgl. Staub zu § 128 Anm. 6 ff. insbes. Makower zu § 128 Anm. II b.

§ 7.

Die Hauptrechte des Mitgliedes einer offenen Handelsgesellschaft.

Die Rechte, die den Gesellschaftern einer o. H. G. kraft Gesetzes zustehen, lassen sich einteilen in Mitverwaltungs- oder gesellschaftliche Herrschaftsrechte, die den Mitgliedern des Unternehmens persönlich zustehen und in rein geldwerte Ansprüche. Zu der ersten Gruppe gehören vor allem die hier zu behandelnden Rechte auf Geschäftsführung, (§§ 114—116 HGB.), Vertretung, (§§ 125—127 HGB.) das von der Geschäftsführung und Vertretung nicht zu trennende Stimmrecht (§ 119 HGB.) und das sog. Kontrollrecht (§ 118 HGB.). Zu der zweiten Gruppe sind zu zählen das Gewinnanteilrecht (§ 121 HGB.), das Recht, jährlich bestimmte Geldbeträge aus der Gesellschaftskasse zu entnehmen (§ 122 HGB.) und der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben bei Auflösung der Gesellschaft (§ 155 HGB.).

Der Geschäftsführungspflicht eines jeden Gesellschafters entspricht das Geschäftsführungsrecht. § 114 Abs. 1 HGB. besagt: Zur Führung der Geschäfte der Gesellschaft sind alle Gesellschafter berechtigt und verpflichtet. Mit Recht bemerkt Mahnkopf[1]) dazu: „Hier zeigt sich die o. H. G. in ihrer Grundform, deren charakteristisches Merkmal die Gleichberechtigung aller Mitglieder ist: Jeder Gesellschafter hat als solcher das Recht und die Pflicht, am Betriebe mitzuwirken; als solcher ist er zur selbständigen Vornahme der Gesellschaftsgeschäfte befugt." Zweifellos ist der Gleichbehandlungsgedanke hier in einer Intensität ausgeprägt, wie wir ihn in keiner anderen Gesellschaftsform antreffen.

1) Mahnkopf, Diss. S. 21.

Die Wirkung wird noch verstärkt durch die Vorschrift des § 115 HGB., der jedem Gesellschafter das Recht gibt, vollkommen selbständig zu handeln (sog. Einzelgeschäftsführungsbefugnis im Gegensatz zu der im BGB. und im HGB. § 115 Abs. 2 ausgesprochenen Kollektivgeschäftsführung). Bis zur äußersten Konsequenz durchgeführt würde die Einzelgeschäftsführungsbefugnis allerdings mit dem bereits mehrfach erwähnten Einhelligkeitsprinzip in Widerspruch geraten, nach dem sämtliche Gesellschafter zur Mitverwaltung berufen sind. Denn wenn dem einzelnen Gesellschafter in der Geschäftsführungsbefugnis keinerlei Einwendungen von seinen Kollegen gemacht werden könnten, wenn er stets nach seinem Gutdünken handeln dürfte, ohne befürchten zu müssen, daß er von seinen Mitgesellschaftern zur Rechenschaft gezogen würde, dann könnte von einem allen Gesellschaftern zustehenden Mitverwaltungsrecht wohl kaum noch die Rede sein. Deshalb bestimmt der § 115 Abs. 1 S. 2 HGB., daß trotz der Einzelgeschäftsführungsbefugnis jedes Gesellschafters gegen den Widerspruch auch nur eines geschäftsführenden Mitgesellschafters keine Handlung vorgenommen werden darf. Mit dieser Vorschrift wird das Einhelligkeitsprinzip gewahrt.

Dieses gesetzliche Geschäftsführungsrecht, das sämtlichen Gesellschaftern zusteht, hat dem relativen Gleichbehandlungsgedanken entsprechend nur dann seine Berechtigung, wenn sämtliche Gesellschafter gleichmäßig mit Arbeit und Kapital am Unternehmen interessiert sind. Zu Unbilligkeiten muß es indessen führen, wenn die Beteiligungsstärke oder Art der Gesellschafter eine verschiedene ist. Dann ergibt sich für die ihr Recht auf gleiche Behandlung selbst wahrenden Gesellschafter die Notwendigkeit, vom Gesetze abzuweichen und eine vertragsmäßige Regelung

der Geschäftsführung einzuführen. Der Gesetzgeber weist im § 114 Abs. 2 HGB. auf eine derartige Möglichkeit ausdrücklich hin, indem er hervorhebt, daß „im Gesellschaftsvertrage die Geschäftsführung einem Gesellschafter oder mehreren Gesellschaftern übertragen sein kann", wodurch „die übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen" werden. Daß in einer derartigen Bestimmung kein Verstoß gegen das G. P., so wie wir es festgelegt haben, gesehen werden kann, erübrigt sich fast nochmals hervorzuheben[1]). Die von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter werden häufig mit den am Unternehmen nicht unmittelbar interessierten identisch sein. Deshalb ist es nur recht und billig, wenn ihnen im § 115 I HGB. auch das nur den voll im Betriebe selbst stehenden Gesellschaftern zustehende Widerspruchsrecht aberkannt wird. Denn wer eine Handlung nicht beurteilen kann, darf auch nicht das Recht haben, ihrer Vornahme zu widersprechen[2]).

Von den vielen Formen, die eine vertragsmäßige Geschäftsführung annehmen kann, nennt der Gesetzgeber im § 115 Abs. 2 HGB die Gesamtgeschäftsführung. Sie äußert ihre Wirkung darin, daß kein Akt der Geschäftsführung vorgenommen werden darf, ohne Zustimmung aller Gesellschafter, die insgesamt zur Geschäftsführung berechtigt sind. Mahnkopf[3]) sagt zu dieser Art der Geschäftsführung in bezug auf das G. P. folgendes: „Vertragsmäßige Geschäftsführung ist die durch den Vertrag ab-

1) a. A. Mahnkopf S. 40, der anscheinend von dem absoluten G. P. ausgehend erklärt, „hier ist die prinzipielle Gleichberechtigung aller Mitglieder beseitigt".

2) Vgl. hierzu Mahnkopf S. 32.

3) Mahnkopf S. 25.

weichend von dem in Art. 102 A. d. HGB. — §§ 114 Abs. 1, 115 HGB. — ausgesprochenen Prinzipe geregelte, d. h. sie schließt die Gleichberechtigung aller Gesellschafter zur selbständigen Mitwirkung am Betriebe aus. Sie liegt sowohl dann vor, wenn einer oder mehrere der Gesellschafter mit der Führung der Geschäfte betraut sind, als auch dann, wenn zwar sämtliche zu ihrer Ausübung befugt sind, aber nur gemeinschaftlich handeln dürfen".

Zu dem gleichen Ergebnis kommt er bei der Vorschrift des § 116 Abs. 3 HGB., die zur Wahl eines Prokuristen die Zustimmung aller geschäftsführenden (!) Gesellschafter erfordert [1]). Diesen Ausführungen Mahnkopfs kann nicht zugestimmt werden. Warum soll die Gleichbehandlung der Gesellschafter ausgeschlossen sein, wenn sie nicht mehr selbständig handeln können? Wie wir bereits oben bemerkt haben, kann u. E. sogar da von keinem Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgedanken die Rede sein, wo die wirtschaftliche Verschiedenheit der Beteiligten zu dem vollkommenen Ausschluß einzelner Gesellschafter von der Geschäftsführung zwingt. Noch viel weniger kann aber in der Gesamtgeschäftsführung eine Verletzung des Prinzipes gesehen werden. Denn alle Gesellschafter büßen gleichmäßig ihre Selbständigkeit im Handeln ein, alle Gesellschafter werden in ihren Rechten gleichmäßig beschränkt. Sie können nur vereint Handlungen vornehmen. Jeder kann sich gegen eine ihm nicht zusagende Handlung durch Versagung des Consenses wehren.

Durch die völlige Vertragsfreiheit können auf dem Gebiete der Geschäftsführung naturgemäß die verschieden-

1) Mahnkopf S. 24: „Dies ist eine singuläre Bestimmung, weil hier nicht das Prinzip der Gleichbehandlung aller Mitglieder zur selbständigen Tätigkeit im Betriebe zum Ausdruck kommt".

artigsten Variationen auftreten. Es kann z. B. bestimmt werden, daß die beiden Gesellschafter A und B nur gemeinsam handeln dürfen, der Gesellschafter C aber allein. Alsdann liegt eine Kombination zwischen Abs. 1 und 2 des § 115 HGB. vor. A und B dürfen in solchen Fällen nur gemeinsam handeln, außer, wenn Gefahr im Verzug ist. C kann stets allein handeln. A und B müssen sich aber eines Aktes enthalten, dem C widerspricht; und C muß sich jedes Aktes enthalten, dem A und B gemeinsam widersprechen[1]). Nach dem in dieser Arbeit vertretenen relativen Gleichbehandlungsbegriffe können solche Kombinationen stets in vollem Einklange mit dem Prinzip erfolgen, soweit die wirtschaftliche Beteiligungsart und Stärke in ihrer Verschiedenheit für die einzelnen Gesellschafter eine derartige Regelung erfordert. Um in solchen Fällen eine Abweichung von dem relativen G. P. festzustellen, muß man stets erst prüfen, in welchem Verhältnis die Beteiligung des C zu der des A und B steht. Zeigt sich, daß C unter Abwägung sämtlicher einschlägiger Verhältnisse das Doppelte für die Gesellschaft leistet, so ist vom relativen G. P. aus eine Regelung in der oben angegebenen Weise nicht zu beanstanden. Doch wenn selbst im einzelnen Falle die Vertragsbestimmungen von der relativen Gleichbehandlung der Gesellschafter abweichen, so ist immer daran festzuhalten, daß der ungleich behandelte Gesellschafter beim Vertragsschluß dieser Vertragsbestimmung zugestimmt hat und deshalb keine Einwendungen gegen sie erheben kann, da er auf das Recht auf Gleichbehandlung wirksam verzichtet hat.

Der Begriff der relativen Gleichbehandlung erfordert es, daß den weniger oder nur mittelbar interessierten Ge-

1) Staub § 115 Anm. 8.

sellschaftern durch den Ausschluß von der Geschäftsführung nicht jede Mitverwaltung in Gesellschaftsangelegenheiten genommen wird. Deshalb bestimmt § 116 HGB., daß nur diejenigen Handlungen der Geschäftsführung zuzurechnen sind, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt. Zur Vornahme von Handlungen, die darüber hinausgehen, ist ein Beschluß aller Gesellschafter erforderlich. §§ 116 Abs. 2, 119 Abs. 1 HGB. Das Einhelligkeitsprinzip, das bei gewöhnlichen Handlungen nur unter den geschäftsführenden Gesellschaftern gilt und sich nur als ein negatives Recht des Widerspruchs geltend macht, zeigt sich hier in der stärksten Form. Gegen die Stimme eines nur schwach beteiligten Gesellschafters kann keine im Geschäftsbetriebe ungewöhnliche Handlung durchgeführt werden. Man könnte fast versucht sein, dem Gesetzgeber infolge zu weitgehender Rücksichtnahme auf den einzelnen Gesellschafter eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorzuwerfen. Allein eine ungewöhnliche Handlung greift meistens so tief in das Gesellschaftsleben ein, daß es gerade zwecks Wahrung unseres Prinzipes erforderlich erscheint, den wenn auch evtl. nur mittelbar, so doch meistens nicht weniger an dem Wohlergehen der Gesellschaft interessierten Gesellschafter um Rat zu befragen. Denn immer muß beachtet werden, daß ein jedes Mitglied einer o. H. G., mag es auch in noch so geringem Grade an der Gesellschaft beteiligt sein, im Ernstfalle nach außen stets für sämtliche Schulden mit seinem ganzen Vermögen einstehen muß. Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist vom Gesetzgeber auch im § 117 HGB. zum Ausdruck gebracht worden. Nach dieser Vorschrift kann einem Gesellschafter die ihm kraft Gesetzes zustehende Geschäftsführungsbefugnis, sofern sie nicht im ursprünglichen Ver-

trage ausgeschlossen oder an bestimmte Kautelen gebunden ist, nicht willkürlich durch Beschluß der übrigen Gesellschafter gnnommen werden. Es bedarf dazu vielmehr eines Antrages sämtlicher übriger Gesellschafter bei dem zuständigen Gericht, aus dem hervorgehen muß, daß ein wichtiger Grund die Ausschließung gerechtfertigt erscheinen läßt.

Von der Vertretungsbefugnis der Gesellschafter ist in bezug auf das G. P. grundsätzlich das gleiche zu sagen, wie von dem Rechte auf die Geschäftsführung.

§ 125 Abs. 1 HGB. bestimmt, daß zur Vertretung jeder Gesellschafter ermächtigt ist, wenn er nicht durch den Gesellschaftsvertrag von der Vertretung ausgeschlossen ist. Der zweite Absatz der gleichen Vorschrift stellt es dem Gesellschaftsvertrag frei, anstelle der gesetzlichen Einzelvertretung die der Gesamtgeschäftsführung entsprechende Gesamtvertretung zu setzen. Auch ein Fall der unechten Gesamtvertretung, der es ermöglicht, daß ein Gesellschafter zusammen mit einem Prokuristen die Gesellschaft nach außen vertritt, ist vom Gesetzgeber in Erwägung gezogen worden. Die Vertretung unterscheidet sich von der Geschäftsführung durch ihren starren Inhalt. Außer den im § 125 HGB vorgesehenen Abweichungen von der Gleichheit aller Gesellschafter können nämlich von den Mitgliedern einer o. H. G. nach außen keine wirksamen Sonderregelungen getroffen werden; insbesondere kann der Umfang der Vertretungsmacht Dritten gegenüber nicht wirksam beschränkt werden. Das relative G. P. wird durch die im Gesetze vorgesehenen Variationen der Vertretungsmacht genau so wenig sabotiert wie bei der Geschäftsführung. Eine einmal unbedingt eingeräumte Vertretungsmacht kann dem einzelnen Gesellschafter auch nur unter den

gleichen Bedingungen entzogen werden, als dies bei der Geschäftsführung möglich ist (vgl. § 127, 117 HGB.).

Der Gleichbehandlung der Mitglieder einer o. H. G. entspricht auch in vollstem Maße das im § 119 HGB. festgelegte, in Ermanglung anderer Vertragsabreden gültige Stimmrecht der Gesellschafter. „Für die von den Gesellschaftern zu fassenden Beschlüsse bedarf es der Zustimmung aller zur Mitwirkung bei der Beschlußfassung berufenen Gesellschafter. Bei nach dem Gesellschaftsvertrage vorgesehenen Mehrheitsentscheidungen ist die Mehrheit im Zweifel nach Köpfen zu berechnen. In dieser letzten Bestimmung zeigt sich wieder der Charakter der Personalvereinigung, die das Stimmrecht nicht nach den von den Gesellschaftern geleisteten Geldbeträgen, sondern nach der Person der Gesellschafter bestimmt.

Auch das Recht eines jeden Gesellschafters, sei er von der Geschäftsführung ausgeschlossen oder nicht, das ihn in den Stand setzt, sich jederzeit von den Gesellschaftsangelegenheiten durch Einsichtnahme in die Handelsbücher- und -papiere der Gesellschaft zu unterrichten, dokumentiert ohne weiteres, daß der Gesetzgeber dem G. P. Rechnung trägt. Dieses Kontrollrecht, auf das sich ein jeder Gesellschafter berufen kann, macht keinen Unterschied zwischen der stärkeren und schwächeren Beteiligung der Mitglieder, wie auch bei der Haftung der Gesellschafter für die Schulden der o. H. G. jeder Gesellschafter dem andern gleichsteht.

Zum Gegenstande der Betrachtung über die im HGB. erfolgte Regelung der Gewinnverteilung soll hier nur die Vorschrift des § 121 HGB. gemacht werden, der folgendermaßen lautet:

„Von dem Jahresgewinne gebührt jedem Gesellschafter zunächst ein Anteil in Höhe von vier vom Hundert seines

Kapitalanteils. Reicht der Jahresgewinn hierzu nicht aus, so bestimmen sich die Anteile nach einem entsprechend niedrigeren Satze.

Bei der Berechnung des nach Abs. 1 einem Gesellschafter zukommenden Gewinnanteils werden Leistungen, die der Gesellschafter im Laufe des Geschäftsjahres als Einlage gemacht hat, nach dem Verhältnisse der seit der Leistung abgelaufenen Zeit berücksichtigt. Hat der Gesellschafter im Laufe des Geschäftsjahres Geld auf seinen Kapitalanteil entnommen, so werden die entnommenen Beträge nach dem Verhältnisse der bis zur Entnahme abgelaufenen Zeit berücksichtigt.

Derjenige Teil des Jahresgewinns, welcher die nach den Abs. 1, 2 zu berechnenden Gewinnanteile übersteigt, sowie der Verlust eines Geschäftsjahres wird unter die Gesellschafter nach Köpfen verteilt".

Diese gesetzliche Gewinnverteilung ist nicht ganz zu Unrecht gerade mit Bezug auf das G. P. angegriffen worden. Denn ihr liegt die auch heute noch häufig im Geschäfts- und Rechtsleben herrschende Auffassung und Behandlung des Kapitals zugrunde, als sei es eine aus sich selbst Nutzen erzeugende Substanz, die in höherem Maße als die Arbeit der Nachfrage unterliege und weniger angeboten werde und deshalb vor letzterer Vorteile voraus haben müsse[1]). In dieser Gesetzesbestimmung zeigt sich wieder das bereits in der Einleitung besprochene Hauptproblem der Volkswirtschaft, die Frage nach dem Wertverhältnisse zwischen Kapital und Arbeit. Das Gesetz hat sich hier für den eben bereits hervorgehobenen Standpunkt entschieden, daß das Kapital höher zu bewerten sei als die Arbeit, eine Anschauung, von der man, wie wir später im Aktienrecht

1) Vgl. v. Hahn, Kommentar zum HGB. Bd. I, S. 321 (Aufl. 1871) Vorbem. I zu Art. 106—109; Auerbach, Gesellschaftswesen S. 30 ff.

noch feststellen werden, nicht mehr allzuviel hält. Heute tritt vielmehr die Arbeit wieder stark in den Vordergrund und muß im allgemeinen als dem Kapital zum mindesten gleichwertig gelten. Denn stets bleibt doch zu berücksichtigen, daß das Kapital aus sich selbst heraus keine Werte schaffen kann. Es müssen immer Hände dasein, die es bewegen und durch raschen Umsatz von Geld in Ware und Ware wieder in Geld aus ihm Nutzen ziehen. Das Kapital kann stets nur durch die Arbeit Nutzen bringen; wohl aber ist es möglich, daß Arbeit aus sich selbst heraus Werte schafft. Daraus folgt dann allerdings gerade die dem Gesetze gegenteilige Ansicht, daß von den beiden gesellschaftsbildenden Faktoren die Arbeit der höherwertige ist. Dieser Gedankengang soll hier indessen nicht weitergesponnen werden. Es bleibt lediglich festzustellen, daß die vom Gesetzgeber noch heute im § 121 HGB. allerdings nicht mehr so kraß wie im Art. 106 ADHGB. (Kapitalzinsen!) vertretene Anschauung auf einer nicht mehr anzuerkennenden Überschätzung des Kapitals beruht.

Sind nun alle Gesellschafter mit Kapital und Arbeit an der Gesellschaft interessiert, dann entstehen naturgemäß keine dem Prinzip der Gleichbehandlung widersprechenden Folgen aus einer derartigen Gewinnverteilung, und insofern ist Mahnkopf [1]) vollauf Recht zu geben, wenn er von der Gleichstellung der Mitglieder ausgehend, sagt: „Das Gesetz kann nicht mehr tun, als den Normalfall, hier den der Gleichstellung — gemeint ist die absolute Gleichstellung — aller Gesellschafter im Auge behalten, für diesen Vorschriften geben und im übrigen den Gesellschaftern freie Hand zu einer abweichenden Regelung lassen". Doch ihm setzen wir den ebenfalls nicht unberechtigten

1) Mahnkopf S. 69.

Einwand, den Auerbach[1]) macht, entgegen: „Es ist nicht wohl zu billigen, daß ein Gesetz, zumal wenn es im übrigen das Prinzip der Gleichbehandlung und Gleichverpflichtung der Mitglieder der Gesellschaft zur Geltung bringt, eine derartige Bevorzugung des mit Kapital zumeist oder überhaupt nur Beteiligten in Ermanglung einer ausdrücklichen entgegengesetzten Vereinbarung der Parteien als das mutmaßlich im Willen derselben gelegene Recht annimmt und sanktioniert. Denn nur selten werden sich die weniger oder garnicht mit Kapital Beteiligten des für sie nachteiligen gesetzlichen Verhältnisses klar bewußt sein und durch vertragsmäßige Bestimmung dem entgegenwirken, daß das mit ihnen zu gemeinsamem Zwecke verbundene Kapital selbst bei ungünstigem Ergebnisse des Gewerbebetriebs, der für sie die Einbuße der Früchte ihrer Tätigkeit zur Folge hat, eine Vergütung für seine gleichfalls fruchtlos gebliebene Miterwerbung erhält".

Der Gesetzgeber vergrößert die durch die bevorzugte Stellung des Kapitals bei der Gewinnverteilung geschaffene Ungleichheit noch dadurch, daß er den Verlust wieder auf alle Gesellschafter gleichmäßig umlegt. Der Bevorzugung des Kapitals auf seiten des Gewinnes hätte zwecks Wahrung der Gleichbehandlung eine stärkere Heranziehung der kapitalkräftigen Gesellschafter bei der Verlusttragung entsprochen[2]).

In § 121 haben wir nach dem Vorhergehenden eine Gesetzesvorschrift kennen gelernt, die zwar bei völliger Gleichstellung der Mitglieder einer o. H. G. nicht gegen das G. P. verstößt, aber bereits bei den geringsten Ab-

1) Auerbach S. 39.

2) Müller-Erzbach, Handelsrecht I, S. 202 anscheinend derselben Meinung.

weichungen von der völligen Gleichstellung der Mitglieder, namentlich bei Verschiedenheit der Art der Beteiligung, zu Ungleichheiten führen muß, die nur durch entsprechende Vertragsbestimmungen ausgeglichen werden können. Hier dient also gerade die subsidiäre Natur der Gesetzesvorschrift dazu, den Gleichbehandlungsgedanken zu wahren. Bei der Kritik der Vorschrift des § 121 HGB. bleibt aber stets zu beachten, daß der Gesetzgeber lediglich auf Grund verschiedener Einschätzung eines nationalökonomischen Problems unbewußt vom Gleichbehandlungsprinzip abgewichen ist. Seine Absicht war, den Gleichbehandlungsgedanken tunlichst zu wahren. Das ergibt sich aus dem zweiten Absatz der genannten Gesetzesstelle, in der der Gesetzgeber gerade um eine eventuelle Benachteiligung einzelner Gesellschafter zu verhindern, vorschreibt, daß bei der Berechnung der Kapitalvorzugsdividende die im Laufe des Geschäftsjahres erfolgten Leistungen nach dem Verhältnisse der seit der Bewirkung der Leistungen abgelaufenen Zeit berücksichtigt werden sollen.

Auch die Vorschrift des § 122 HGB., nach der ein jeder Gesellschafter unter den im Gesetz festgelegten, wiederum für alle Gesellschafter gleichen Voraussetzungen 4% von seinem im letzten Jahre festgestellten Kapitalanteil und eventuell auch den diesen Betrag übersteigenden Gewinn des vorigen Jahres der Gesellschaftskasse entnehmen darf, entspricht durchaus dem relativen G. P.

Von den den Gesellschaftern zustehenden Vermögensrechten ist nunmehr als letztes der Anspruch auf die Liquidationsquote nach Auflösung der Gesellschaft unter Berücksichtigung des G. P. zu untersuchen. § 155 HGB. besagt, daß das nach Berichtigung der Schulden verbleibende Vermögen der Gesellschaft nach dem Verhältnisse

der Kapitalanteile der Schlußbilanz unter die Gesellschafter zu verteilen ist. Diese Vorschrift entspricht durchaus dem G. P. Sie bezweckt lediglich, daß von dem Liquidationsvermögen zunächst die Kapitalanteile der Gesellschafter festgestellt werden. Ergibt sich dann nach deren Sicherstellung noch ein Gewinn, so findet gem. § 156 HGB. die bereits oben besprochene Gewinnverteilung des § 121 HGB. statt.

§ 8.

Grenzen der Vertragsfreiheit unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungsprinzips.

In den beiden vorhergehenden Abschnitten sind die Hauptrechte und Pflichten, die den Mitgliedern einer o. H. G. nach den gesetzlichen Vorschriften zustehen, mit Rücksicht auf ihr Verhältnis zum G. P. untersucht worden. Es könnte noch eine Reihe mehr oder weniger bedeutungsvoller Vorschriften aus dem Recht der o. H. G. herangezogen werden, um zu beweisen, daß der Gleichheitsgedanke in der o. H. G. vorherrscht. Eine solche bis ins einzelne gehende Erläuterung des Gesetzestextes ist indessen nicht Zweck der vorliegenden Arbeit. Der bisher geführte Nachweis hat zur Genüge kundgetan, daß der Gesetzgeber durch die den Gesellschaftern eingeräumte weitgehende Vertragsfreiheit nicht das G. P., das er ja selbst dauernd betont, beseitigen, sondern es gerade wahren wollte. Die Gründe, die zur Vertragsfreiheit auf dem Gebiete der o. H. G. geführt haben, sind bereits eingehend gewürdigt worden.

Zum Schluß soll noch die Frage nach den Grenzen der Vertragsfreiheit vom Standpunkte des G. P. aus Erwähnung finden.

Bereits die Römer erklärten eine Gesellschaft, bei der einer oder mehrere Gesellschafter völlig vom Gewinn ausgeschlossen waren, für nichtig, da eine derartige Vereinigung gegen das Wesen der Gesellschaft verstoße. Sie verboten deshalb die Bildung einer societas leonina, bei der einer oder einige Gesellschafter den ganzen Gewinn, den Löwenanteil, einstrichen, der Rest der Gesellschafter gar nichts bekam. Die Ansicht, daß der völlige Ausschluß einzelner Gesellschafter am Gewinn mit dem Wesen der Gesellschaft unvereinbar ist, wird denn auch heute fast einstimmig vertreten[1]). Das Verbot der societas leonina folgert man allgemein aus der Vorschrift des § 705 BGB., nach der der Zweck einer jeden Gesellschaft ein gemeinsamer sein muß. Bei der o. H. G. besteht nun dieser gemeinsame Zweck im Betriebe eines Handelsgewerbes. Die Gemeinsamkeit des Zweckes wird mit Recht dann verneint, wenn einer oder mehrere Gesellschafter am Gewinn überhaupt nicht beteiligt sind. Das an und für sich mit Einverständnis der Betroffenen verzichtbare G. P. nimmt insofern zwingenden Charakter an, als auch mit dem Willen der zu benachteiligenden Gesellschafter nicht ein völliger Ausschluß vom Gewinn vereinbart werden kann.

Vom Gesichtspunkte des G. P. aus betrachtet, erscheint es jedoch etwas einseitig, wenn man nur da von einer societas leonina spricht, wo ein oder mehrere Gesellschafter vom Gewinn vollkommen ausgeschlossen sind. Die herrschende Meinung nimmt nämlich an, daß im Gegensatz zu der Gewinnbeteiligung der Ausschluß eines Gesellschafters vom Verlust jederzeit wirksam vereinbart werden könne. Gewiß spricht eine derartige Regelung nicht gegen das von uns

1) Vgl. Staub Anm. 4 zu § 105 HGB.

grundsätzlich als verzichtbar bezeichnete G. P. Trotzdem aber muß es inkonsequent erscheinen, wenn man den Ausschluß vom Gewinn verneint, aber die Möglichkeit eines solchen am Verlust bejaht. Denn der Fall der societas leonina kann sowohl bei Gewinn-, als auch bei Verlustausschluß vorliegen. Gesetzt den Fall, die Gesellschaft würde mit starkem Verlust arbeiten, dann gingen die am Verlust nicht beteiligten Gesellschafter ohne jeden Schaden aus der Liquidation hervor, während ihre Mitgesellschafter um so größere Opfer zu bringen hätten. Eine verschiedene Verlustverteilung mag den Umständen nach zwecks Wahrung des relativen G. P. am Platze sein. Ein vollständiger Ausschluß derselben dürfte sich dagegen kaum rechtfertigen lassen und müßte eigentlich den gleichen Schranken unterliegen wie die Regelung der Gewinnverteilung. Mit dem Wesen der Gleichbehandlung der Gesellschafter ist er jedenfalls nicht vereinbar.

Die hier angestellten Erwägungen führen dazu, besonders krasse Fälle der Überschreitung des G. P. zu verbieten und damit ausnahmsweise dem Gleichbehandlungsrecht zwingenden Charakter zu verleihen. Im allgemeinen ist das Grundrecht der gleichen Behandlung vollkommen in den Willen der einzelnen Gesellschafter gelegt, die es von ihrem eigenen Belieben abhängig machen können, ob sie im Einzelfalle durch besondere Vereinbarung auf es verzichten wollen oder nicht.

Das Recht auf gleiche Behandlung in der Aktiengesellschaft.

§ 9.

Allgemeine einleitende Betrachtungen über die Aktiengesellschaft.

Unter den mannigfaltigen Handelserwerbsgesellschaften, die das Wirtschaftsleben im Laufe der Jahrhunderte herausgebildet hat, gibt es wohl, wie teilweise bereits in der Einleitung hervorgehoben worden ist, keine größeren Extreme als die o. H. G. und die A. G.

Haben wir die o. H. G. als einen in der Hauptsache auf die Persönlichkeiten seiner Mitglieder abgestellten Gesamthandsverband, als eine modifizierte BGB.-Gesellschaft kennen gelernt, so tritt uns in der nun zu behandelnden A. G. der typische Vertreter der Kapitalassoziation entgegen. Die A. G., die, wie wir bereits in der Einleitung feststellten, zu den juristischen Personen des Handelsrechts zählt, braucht, um tätig zu werden, Organe. Dem Vorstand liegt die Vertretung und Geschäftsführung ob, der von der Generalversammlung gewählte Aufsichtsrat ist dazu berufen, die Tätigkeit des Vorstandes zu kontrollieren, und die Generalversammlung der Aktionäre, das sind diejenigen, die das Kapital aufgebracht haben, stellt nach dem Gesetze das höchste Organ der A. G. dar. Sie regelt das Verhältnis der Gesellschaft zu ihren Mitgliedern und zu den übrigen Organen. Sie beschließt über die Änderung der Verfassung und über die Auflösung der Gesellschaft. Die Generalversammlung erteilt dem Vorstand und Aufsichtsrat Entlastung und beschließt über die Verteilung

des Gewinnes. Sie ist für alle Angelegenheiten zuständig, sofern sie nicht ausdrücklich einem anderen Organe zugewiesen sind.

Aus dem § 178 HGB folgt deutlich der rein kapitalistische Charakter der A. G.

„Die sämtlichen Gesellschafter der A. G. sind mit Einlagen auf das in Aktien zerlegte Grundkapital der Gesellschaft beteiligt, ohne persönlich für die Verbindlichkeiten zu haften".

Mitglied kann also jeder werden, der der einzigen Pflicht, die ein Gesellschafter einer A. G. hat, genügt und einen gewissen Betrag zahlt. Für die der Gesellschaft zur Verfügung gestellte Summe erhält er Aktien, die den von ihm zu dem Grundkapital der Gesellschaft beigesteuerten Anteil verbriefen und sämtliche Rechte gewähren, die ein Aktionär haben kann. Besitz und Leitung des Unternehmens fallen bei der A. G. auseinander. Der erstere kommt zur Geltung in der G. V., während die Leitung des Unternehmens dem Vorstand obliegt, der zwar nach den in der G. V. beschlossenen Grundsätzen zu handeln hat, im übrigen aber eine unabhängige Stellung einnimmt.

Uns interessieren hier nur die Vorgänge, die sich in der G. V. abspielen, sowie die ganze Organisation der G. V. Denn nur in ihr kann der Aktionär seine Rechte geltend machen.

Die Hauptbasis der A. G. ist das Grundkapital, das sich nach der umseitig zitierten Vorschrift aus der Summe der Nennbeträge der Aktien zusammensetzt. Jede Aktie stellt eine Mitgliedschaft dar, sodaß ein Aktionär je nach der Höhe der zum Grundkapital beizusteuernden Summe eine oder mehrere Mitgliedschaften in seiner Hand ver-

einigen kann. Ja, die Unpersönlichkeit des Kapitals bringt es mit sich, daß das meist in eine Anzahl von gleichgroßen Aktienbeträgen zerlegte Grundkapital, zeitweise in den Händen nur eines Aktionärs sein kann. Familienaktiengesellschaften, in denen sich sämtliche Aktien in den Händen weniger Familienangehörigen befinden, sind durchaus keine Seltenheit.

Aus dem Vorhergehenden folgt schon ohne weiteres, daß von einer Gleichbehandlung im absoluten Sinne gar keine Rede sein kann. Denn wie das Kapital als solches beliebig kumulierbar und teilbar ist, so kann der einzelne Aktionär beliebig viele Mitgliedschaften erwerben.

§ 10.

Das Wesen der Gleichbehandlung in der Aktiengesellschaft.

Bevor die Rechte und Pflichten der Aktionäre einer eingehenden Untersuchung unterzogen werden, soll noch einiges Grundlegendes über die Art, in der uns das G. P. in der A. G. entgegentritt, gesagt werden. Bei der o. H. G. stellten wir fest, daß das G. P. stets nur dann als gewahrt betrachtet werden kann, wenn unter Berücksichtigung aller einschlägigen, wirtschaftlichen Verhältnisse die Rechte und Pflichten der Gesellschafter einander entsprechen. Bei gleichen Pflichten gleiche Rechte. Die Ermittlung des G. P. in der o. H. G. gestaltete sich im Einzelfalle besonders schwierig, wenn es galt, Arbeits- und Kapitalleistungen gegeneinander abzuwägen. Das fällt bei der A. G. ganz fort. Die einzige Art, in der sich das Mitglied an dem Unternehmen beteiligen kann, besteht in der Kapitaleinlage. Der Aktionär hat nur eine Pflicht: zu zahlen. Demgemäß kann das G. P. auf eine andere Formel gebracht werden. Bei gleichen Kapital-

beträgen gleiche Rechte. An sich müßte es keine allzu schwierige Aufgabe sein, an Hand dieses letzten Satzes die Rechte der Aktionäre zu untersuchen. Doch werden wir sehen, daß gerade diese Definition zu vollkommen unbefriedigenden Ergebnissen geführt hat. Sie läßt nämlich ihrerseits wieder zwei Auslegungen zu, je nachdem den verschiedenartigen Wirtschaftsverhätnissen, unter denen die Hingabe des Geldes erfolgt, Rechnung getragen wird oder nicht. Der ganze Aufbau der A. G., die man gelegentlich auch als eine Summengesellschaft bezeichnet hat, ist daran Schuld, daß noch heute das G. P. häufig von falschen Gesichtspunkten aus betrachtet wird. Der Satz „bei gleichen Pflichten gleiche Rechte" oder, wie wir ihn für die A. G. umgeformt haben, „bei gleichen Kapitalbeträgen gleiche Rechte" hat in der Theorie die meisten das Gleichbehandlungsproblem aufrollenden Schriftsteller dazu verleitet, den Wert der gezahlten Summen nach ihrer Größe zu bestimmen. Sie setzten anstelle der gezahlten Summe die Summe selbst und betrachteten sie zu Unrecht als eine konstante Größe. Auf diese Weise bildete sich ein den wirtschaftlichen Verhältnissen nicht Rechnung tragendes formales G. P. heraus, das nicht nur in der Theorie, sondern auch in der Gesetzgebung, wie unten noch zu erörtern ist, namentlich in der Vorschrift des § 275 Abs. 3 HGB. zum Ausdruck gekommen ist.

Daß das zahlenmäßig aufgefaßte G. P. in der A. G. nicht herrscht, werden wir im folgenden an Hand der vielen Ausnahmen, die es notwendigerweise machen muß, noch feststellen. Es hat u. E. keinen Sinn, ein formales Prinzip zu konstruieren, um es sofort durch eine Reihe wichtiger Ausnahmen wieder aufzuheben. Denn entweder ist das Prinzip richtig: dann sind die Ausnahmen prinzip-

widrig und drängen auf Beseitigung oder die Ausnahmen sind begründet, dann ist das Prinzip eine leere und schädliche Abstraktion. Ist doch überhaupt der Widerspruch zwischen Prinzip und Leben nur ein scheinbarer:

> Prinzipien, die sich nicht in das Leben zu übersetzen vermögen, dokumentieren sich dadurch als unzutreffende Verallgemeinerungen. Tatsächliches aber, welches dem wahrhaften Kern eines Prinzipes widerspricht, geht auch im Leben zu Grunde.

Wir wollen an die Stelle des heute noch herrschenden formalen G. P. der Zahl dasjenige setzen, das dem wirtschaftlichen Wert der Zahl Rechnung trägt. So betrachtet erhält der Gleichbehandlungsgedanke einen gesunden, den Wirtschaftsverhältnissen Rechnung tragenden Sinn: Bei gleichwertigen Beträgen gleiche Rechte; das soll die Devise sein, unter der wir in die Untersuchung eintreten wollen. Da aber das formale G. P., obwohl es in der letzten Zeit stark an Anhängern verloren hat, immer noch als das herrschende bezeichnet werden muß, sollen beide Grundsätze bei der Erörterung der Hauptrechte der Aktionäre einander gegenübergestellt werden.

§ 11.

Die Einlagepflicht des Aktionärs unter Erläuterung der Unter- und Überpariemission.

Die regelmäßige Pflicht des Aktionärs gegenüber der Korporation ist die Pflicht zur Leistung von Kapitaleinlagen. Diese können sowohl in baren als auch in Sachwerten bestehen, § 186 Abs. 2 HGB. Dagegen ist vom Standpunkte des Gleichbehandlungsgedankens aus nichts einzuwenden, sofern nur der Wert der Sacheinlage nicht hinter dem auf das Grundkapital dafür angerechneten

Barwert zurückbleibt, und die Bareinleger dadurch nicht geschädigt werden.

Die ersten Einlagen der Aktionäre, die dazu dienen, das ursprüngliche Grundkapital einer ins Leben tretenden A. G. aufzubringen, werden zunächst meist ihrem Betrage nach genau den Anteilen, in die das Grundkapital zerlegt wird, entsprechen. Bei ihnen deckt sich gewöhnlich noch der Nennbetrag der Aktien mit dem wahren wirtschaftlichen Wert, den der Verkehr den Aktien zumißt. Die Verhältnisse ändern sich jedoch, sobald die A. G. zu arbeiten beginnt. Entweder hebt sich durch den erzielten Gewinn der Kurswert der Aktien über den Nennbetrag derselben; dann stehen die Aktien „über pari" oder aber die Gesellschaft arbeitet mit Verlust und kann die Substanz des Grundkapitals nicht wahren, dann sinkt der Kurswert unter den Nennbetrag der Aktien und diese stehen „unter pari". Bei Neuemissionen von Aktien spielt die wirtschaftliche Lage der A. G. eine nicht zu unterschätzende Rolle. Eine unter ungünstigen Bedingungen arbeitende A. G., bei der die Aktien unter pari stehen, wird, wenn sie nicht zu den später zu behandelnden Vorzugsaktien greift, bei der Neuausgabe von Aktien schwerlich Abnehmer zu pari finden. Sie wird, nur um neues Betriebskapital zu bekommen, notwendigerweise den Nennwert der neuen Aktien und den Kurswert der alten Aktien ausgleichen müssen, indem sie ihre Zuflucht bei der Unterpariemission sucht und dem neuen Aktionär gegen Zahlung eines dem Kurswert der alten Aktien entsprechenden Betrages Aktien mit einem den alten Aktien zum mindesten gleichkommenden Nennwert überläßt.

Umgekehrt werden sich die Aktionäre einer gut arbeitenden A. G. den Überparistand der alten Aktien bei

einer Neuemission zu Nutze machen und die neuen Aktien zu einem den Nennwert übersteigenden Betrag übergeben, Überpariemission.

Gegen beide Emissionsarten ist vom Standpunkte des im vorigen Abschnitt entwickelten G. P. nichts einzuwenden. Denn sowohl im ersten als auch im zweiten Falle ist der Nennbetrag der Aktien zu einer dem inneren wirtschaftlichen Werte nicht mehr entsprechenden und deshalb als Wertmesser bedeutungslosen Zahl geworden.. Aber, wie sich noch herausstellen wird, richtet sich die Verteilung des Gewinnes grundsätzlich nicht nach dem Kurswert, sondern nach dem Nennwert der Aktien. Wer aber möchte Aktionär eines faulen Unternehmens werden, wenn er unter ungünstigen Bedingungen einer notleidenden A. G. beispringt, sein Kapital unter einem mit dem der ursprünglichen Aktionäre gar nicht zu vergleichenden Risiko zur Verfügung stellt, ohne einen diesem Risiko entsprechenden Vorteil bei den Rechten zugesichert zu bekommen. Dem größeren Risiko entspricht ein größerer Gewinn. Dieser Gesichtspunkt kann bei der Unterpariemission sogar dazu führen, dem Aktionär bei gleichbleibenden Nennbeträgen Aktien zu einem selbst hinter dem Kurswert der alten Aktien weit zurückbleibenden Betrage zu überlassen.

Diese Unterpariemission, die an sich dem G. P. nicht widerspricht, ist indessen seit der Aktiennovelle von 1884 verboten worden, vgl. § 184 Abs. HGB. Die Regierung der Unterpariemission erfolgte aber nicht aus einer Verletzung des G. P. heraus, sondern die Ursache des Verbotes ist in praktischen Bedenken zu suchen, die sich gegen die Unsoliditäten bei Aufstellellung der künftigen Bilanzen richteten. Man befürchtete nämlich, die Gesellschaft könnte

leicht in dem Bestreben, das sog. Disagio bald zu tilgen, um möglichst schnell wieder zur Ziffer des verteiligungsfähigen Reingewinnes zu gelangen, die Aktiven unzulässig hoch einsetzen und auf diese Weise unzulässig Gewinn herausrechnen. In der Begründung (S. 204/05) ist die Unterpariemission ausdrücklich als ein Bedürfnis für finanziell schwache Gesellschaften bezeichnet. Hieran anknüpfend ist bemerkt worden: „Wird dieselbe — gemeint ist die Unterpariemission — verboten, so müßte sich der Verkehr andere Auswege öffnen".

Wir werden bei der Besprechung der Sanierungsmethoden kurz auf diesen Fall zurückkommen. Anläßlich der Umstellungen der A. G. auf Goldmark ist neuerdings wieder die Frage nach der Aufhebung des Verbotes der Unterpariemission aufgeworfen worden. Wenn nicht alle Anzeichen trügen, wird man der Unterpariemission in beschränktem Umfange wieder stattgeben [1]).

Im Gegensatz zur Unterpariemission, die vom Gesetzgeber erst künstlich unterdrückt wurde, unterliegt die Überpariemission keinen gesetzlichen Schranken und erfreut sich im Leben der A. G. eines regen Zuspruchs. Bei einer gut arbeitenden A. G. zeigt sich der innere Wert der Aktien in ihrem hohen Kursstande. Es gehört kein großes Risiko dazu, Kapital in ein sicheres Unternehmen zu stecken, von dem sich eine hohe Dividende voraussagen läßt. Der meritorische Wert des Unternehmens ist durch die Aktionäre geschaffen worden, die das bisherige Grundkapital aufgebracht haben. Treten zu diesen Aktionären neue unter gleichen Gewinnchancen hinzu, so entspricht es geradezu der Wahrung des G. P, daß die Übernehmer der neuen Aktien für die sichere und einträgliche

1) Vgl. J. W. Dezember 1924 S. 1807, 1826 ff.

Kapitalsanlage diejenigen entschädigen, die die Bedingungen dafür gesetzt haben. Sie tun dies, indem sie eine den Nennwert der neuen Aktien übersteigende Summe der A. G. zu Verfügung stellen. Die das Grundkapital übersteigende Summe, das sog. Agio wird gem. § 262 Z. 2 HGB. dem gesetzlichen Reservefonds zugeführt und kommt somit im Falle eines später zu deckenden Verlustes oder im Falle der Liquidation den alten Aktionären zu gute.

Daß die hier erörterte Unter- und Überpariemission dem G. P., wir es auffassen, entspricht, ist bereits hervorgehoben worden. Diejenigen, die das Problem unter Außerachtlassung der wirtschaftlichen Momente auf arithmetischem Wege lösen wollen, müssen schon hier die erste Ausnahme vom „Gleichbehandlungsgrundsatz" feststellen. Denn bei der Unterpariemission zahlen die neuen Aktionäre weniger ein als die alten Aktionäre und erhalten trotzdem mit diesen gleiche Rechte. Bei der Überpariemission zahlen sie umgekehrt höhere Beträge, ohne in den Rechten besser gestellt zu werden. Das bedeutet zweifellos einen Verstoß gegen das formalistische Prinzip, das die Zahl für ausschlaggebend erklärt.

Bisher ist nur von der Höhe der Einlagen gesprochen worden. In betreff der Zeit der Erfüllung derselben wird vom Gesetz nur gefordert, das dann, wenn die Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet wird, 25% vom Nennbetrage der durch Barzahlungen zu leistenden Einlagen, desgleichen der Betrag eines etwaigen Agios in der Verfügungsgewalt des Vorstandes sein muß. Im übrigen bleibt es der Gesellschaft überlassen, den Zeitpunkt zu bestimmen, zu dem sie die von den Aktionären übernommenen Einlagen einfordern will. Insbesondere steht es in ihrem Belieben, einmalige Erfüllung

oder ratenweise Zahlung anzuordnen. Dabei ist jedoch stets zu beachten, daß die Einforderung dem G. P. entsprechend nur auf alle Aktien gleichmäßig erfolgen kann [1]). Eine verschieden bemessene Einlagepflicht kann, da das G. P. seiner Natur nach verzichtbar ist, jedoch im Urstatute oder im Kapitalerhöhungsbeschlusse vorgesehen werden. Im übrigen kann später von dem G. P. der Aktionäre nur mit Zustimmung jedes Beteiligten abgewichen werden [2]). Ein Aktionär kann aber die von ihm geforderte Einlage nicht deshalb verweigern, weil einige andere Aktionäre infolge Zahlungsunfähigkeit nicht in der Lage sind, ihre Einlagen zu erfüllen. Fischer [3]) erklärt in diesem Falle das G. P. bereits dann als verletzt, wenn die Gesellschaft, ohne zum Kaduzierungsverfahren zu schreiten, Einforderungen an die übrigen Aktionäre vornimmt. Es muß indessen zweifelhaft erscheinen, ob tatsächlich in dem vorliegendem Fall ein Verstoß gegen das Prinzip gegeben ist; u. E. ist der Gleichbehandlungsgedanke bereits dann gewahrt, wenn die Einforderungen an alle Aktionäre gleichmäßig erfolgen. Wie die Gesellschaft im Einzelfalle zu ihrem Geld gelangt, ob sie ein Kaduzierungsverfahren einleitet oder wegen voraussichtlicher Ergebnislosigkeit zunächst noch nicht dazu schreitet, muß von ihrem Belieben abhängen. Die übrigen Aktionäre können die Zahlung der Einlage nicht von der Einleitung eines Kaduzierungsverfahrens abhängig machen, denn daraus,

---

1) So die herrschende Meinung. Behrend 812; Lehmann-Ring Anm. 3 zu § 218; Goldmann Anm. 5 zu § 218; Esser Anm. 3 zu § 218; Fischer, Aktienrecht S. 366; Staub-Pinner Anm. 11 zu § 218; Müller-Erzbach, Handelsrecht I, S. 344.

2) Müller-Erzbach, Handelsrecht I, S. 344.

3) Fischer, Aktienrecht S. 367.

daß der säumige Aktionär die ihm obliegende Zahlungspflicht verletzt, erwächst den Mitaktionären nicht das Recht, ebenfalls ihre Pflichten gegen die Gesellschaft nicht zu erfüllen. Sie haben wohl einen Anspruch darauf, daß der säumige Aktionär im Wege der Kaduzierung seiner Mitgliedschaft für verlustig erklärt wird; aber dieser Anspruch hat seine Ursache nicht im G. P., das die Gesellschaft nicht verletzte, da sie für alle Aktionäre die Zahlungsbedingungen gleichmäßig setzte.

Jeder Aktionär, der auf Grund der Einforderung nicht rechtzeitig zahlt, hat gem. § 218 HGB Zinsen zu entrichten oder verfällt einer ev. im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Vertragsstrafe. Gegen jeden Aktionär kann außerdem nach abermaliger fruchtloser Fristsetzung das Kaduzierungsverfahren eingeleitet werden, das die Entziehung der Mitgliedschaften zur Folge hat, vgl. Näheres §§ 219 ff. HGB.

§ 12.

Übersicht über die Hauptrechte des Aktionärs. Drittrechte. Minderheitsrechte.

Mit der Verpflichtung zur Einzahlung erschöpfen sich die Leistungen, die dem Aktionär obliegen [1]). Ist der

1) Die Nebenleistungsaktiengesellschaften (212 HGB) sollen hier nicht behandelt werden. Sie stellen eine Ausnahme von der normalen nur auf Kapitaleinlagen gegründeten A. G. dar. Ganz abgesehen davon, daß sie im Verhältnis zu der A. G. nach § 211 nur eine sehr geringe Rolle spielen, bieten sie für das G. P. keine der besonderen Behandlung würdigen Gesichtspunkte. Ein Verstoß gegen das seiner Natur nach verzichtbare G. P. wird nie nachzuweisen sein, mögen auch die gem. § 212 zulässigen Naturalleistungen noch so ungleich auf die einzelnen Mitglieder verteilt sein (Staub Anm. 9 u. 10 zu § 212). Denn im ursprünglichen Gesellschaftsvertrage sind infolge der notwendigen Zustimmung der Aktionäre die denkbar

Aktienbetrag restlos gezahlt, so hat der Aktionär nur noch Rechte. Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß auf der Pflichtenseite keine Verletzung des G. P. festzustellen ist.

Nunmehr wenden wir uns der Betrachtung der Rechte zu, die allerdings ein derartig mannigfaltiges Bild zeigen, daß sie unmöglich alle behandelt werden können. Vielmehr sollen hier nur Erwähnung finden:

1. das Recht auf Dividende (§ 214 HGB.),
2. das Stimmrecht (§ 252 HGB.),
3. das Bezugsrecht (§ 282 HGB.) und
4. das Recht auf die Liquidationsquote (§ 300 HGB.).

Dagegen sind alle Rechte, die sich der Aktionär für seine Person ausbedingen kann, wie alle Rechte, die nicht dem Aktionär als solchem zustehen, von der Behandlung auszuschließen. Bei auftauchenden Ungleichheiten ist also zunächst festzustellen, ob es sich um *Mitgliedschafts-* oder *Drittrechte* handelt. Ganz deutlich zeigt sich die Eigenschaft solcher Drittrechte in der Vorschrift des § 186, Abs. 3 HGB., der von dem sog. *Gründungsaufwand* handelt, der „an Aktionäre oder andere" als Entschädigung oder Belohnung für die Gründung oder deren Vorbereitung gewährt wird. Hier kommt es sogar im Augenblick der Entstehung gar nicht darauf an, ob es sich um Aktionäre oder Nichtaktionäre handelt, beruht vielmehr häufig nur auf einem Zufall.

Zu den Drittrechten sind aber auch die *besonderen Vorteile* zu zählen, die sich der einzelne Aktionär gem. § 186 I HGB. ausbedingen kann. Denn es handelt sich richtiger

---

größten Abweichungen vom G. P. statthaft und eine spätere Auferlegung von Naturalleistungen ist, ganz gleich ob sie dem G. P. entspricht oder nicht, stets von der Zustimmung aller Mitglieder, die davon betroffen werden, abhängig (§ 276 HGB.).

Ansicht nach „um einen Vorteil, welcher dem Aktionär für seine Person, unabhängig von etwaiger späterer Veräußerung der Anteilsrechte eingeräumt wird [1]). Wie die besonderen Vorteile und der Gründungsaufwand, so sind auch die Übernahmeverträge als besondere Verträge mit Dritten zu werten, gleichgültig, ob derjenige, der der A. G. bestimmte Gegenstände überläßt, zufällig Aktionär ist oder nicht; denn „das Wesen der Übernahmeverträge ist, daß die Gegenleistung nicht in der Mitgliedschaft, nicht in gewährten Aktien besteht" [2]). Die eben genannten Gläubigerrechte haben aus der Betrachtung auszuscheiden, da sie Ungleichheiten schaffen, die nicht in der mitgliedschaftlichen Stellung der Aktionäre begründet sind. Hier steht aber nur das G. P. der Gesellschafter als solcher zur Debatte.

Neben den Gläubiger- oder Drittrechten sollen aber auch die zahlreichen, im Gesetz vertretenen Minderheitsrechte nicht in Erwägung gezogen werden. Denn sie stehen allen Aktionären gleichmäßig unter gleichen Voraussetzungen zu und sind nur dazu bestimmt, Auswüchse des in der A. G. nicht zu umgehenden Majorisierungsprinzips zu vermeiden.

§ 13.
Vorzugsaktien.

Die Erörterung über die im vorigen Abschnitt aufgezählten Hauptrechte des Aktionärs setzt die Kenntnis der im Aktienrecht eine große Rolle spielenden Vorzugsaktien voraus.

---

1) Makower zu § 186 I a. Gleicher Ansicht Staub Anm. I zu § 186.

2) RG. Str. 36 S. 73; Staub Anm. 9 zu § 186; Makower Anm. III a zu § 186.

Unter Vorzugsaktien, früher und heute auch noch Prioritätsaktien, Prioritätsstammaktien oder Stammprioritäten genannt, versteht man Aktien, die kraft Gesellschaftsvertrages mit Rechten versehen sind, die von denen der Stammaktien abweichen. Ihre rechtliche Zulässigkeit beruht auf der Vorschrift des § 185 HGB.:

„Im Gesellschaftsvertrag können für einzelne Gattungen von Aktien verschiedene Rechte, insbesondere in Betreff der Verteilung des Gewinnes oder des Gesellschaftsvermögens, festgelegt werden".

Zunächst ist zur Festlegung des Wortes „Aktiengattung" zu bemerken, daß nach allgemein herrschender Ansicht Aktiengattungen nicht durch Verschiedenheit im Aktienbetrage und ferner nicht dadurch geschaffen werden, daß die einen auf den Namen und die anderen auf den Inhaber ausgestellt werden. Derartige Unterschiede begründen nur eine Verschiedenheit in der Aktienart [1]). Auch ist der Wortlaut des § 185 HGB. naturgemäß nicht dahin aufzufassen, daß Voraussetzung für die Verleihung verschiedener Rechte das Vorhandensein verschiedener Gattungen sein soll. Offensichtlich ist gemeint, daß verschiedene Aktiengattungen nicht schon als vorhanden gedacht, sondern gerade durch die statutarische Zubilligung verschiedener Rechte erst gebildet werden sollen. Bei einer anderen Auslegung hätte die Vorschrift keinen Sinn. Makower bezeichnet die Aktiengattung als Anteilsrechtsgattung, da es sich um Verschiedenheiten der Anteilsrechte handele.

Die Vorschrift des § 185 HGB. erklärt die Zulässigkeit der Verbindung verschiedener Rechte mit Aktien, die auf

1) Vgl. Lehmann-Ring Anm. 2 zu § 185 und Makower ausführlich Anm. 1 b zu § 185; ferner Staub § 185 Einleitung a. E.; Fischer S. 147/148 Aktienrecht.

gleiche oder verschiedene Nennbeträge lauten. Sie spricht von einer Festsetzung im Gesellschaftsvertrage. An und für sich wäre dieser Fall für das G. P. ziemlich bedeutungslos, wenn man unter dem Gesellschaftsvertrag nur das Urstatut verstände. Denn wie bereits wiederholt festgestellt worden ist, ist das G. P. letzten Endes verzichtbar, so daß mit dem für das Urstatut geltenden Erfordernis der Übereinstimmung der zukünftigen Aktionäre jede Abweichung vom G. P. erlaubt ist [1]). Es kann jedoch keinem Zweifel unterliegen, daß jene Satzungsbestimmung sowohl im ursprünglichen als auch im abgeänderten Gesellschaftsvertrag geschehen kann [2]). In der Tat liegt die wirtschaftliche Bedeutung der Vorzugsaktien gerade darin, daß sie bei bestehender Gesellschaft jederzeit geschaffen werden können. Denn sie dienen der Kapitalsbeschaffung und stellen ein Surrogat der der A. G. mangelnden Nachschußpflicht dar [3]).

Wir haben bereits bei der Würdigung der Überpariemission festgestellt, daß sie, richtig aufgefaßt, dazu bestimmt ist, die materielle Gleichbehandlung der Aktionäre zu wahren. Den gleichen Zweck verfolgen die Vorzugsaktien. Das Aktienrecht zeigt, wie noch wiederholt hervorzuheben sein wird, stark formale Tendenzen. Grundsätzlich richtet sich — auch das wird noch näher dargelegt, — die Beteiligung des Aktionärs nach der Höhe der Summe, die er zum Grundkapital beigesteuert hat. Der Wert der Summe ist vom Gesetzgeber in den grundlegenden Vorschriften (§§ 214, I; 252, I S. 1 u. 2; 282 I, 300 II HGB.) nicht berücksichtigt worden. Das Gesetz kennt nur einen Nennwert

1) Vgl. Fischer, Aktienrecht-Sanierungsproblem (S. 95); Müller-Erzbach, Handelsrecht I a. a. O.

2) Vgl. Staub zu § 185.

3) Vgl. hierzu auch das Gesetz selbst.

der Aktien. Der wirtschaftliche Begriff des Kurswertes ist ihm kaum bekannt. Die Regelungen, die der Gesetzgeber trifft, bestehen dementsprechend nur solange zu Recht, als sich der Kurswert mit dem Nennwert der Aktien deckt, ein Fall, der im Wirtschaftsleben nur selten bei bestehenden Aktiengesellschaften eintritt. Geldbedürfnisse einer A. G. führen zu der im Gesetz ausdrücklich geregelten Kapitalserhöhung (§ 288 HGB.). Diese kann, wie noch bei der Sanierungsfrage festzustellen ist, unter den verschiedensten wirtschaftlichen Voraussetzungen erfolgen. Meistenteils wird sie bei Aktiengesellschaften, die sich in mißlicher Wirtschaftslage befinden, hervortreten. Jedoch ist auch der Fall nicht selten, daß ein gutarbeitendes Unternehmen, das zu einer Erweiterung des Betriebes neue Geldmittel benötigt, sich der Kapitalserhöhung bedient. Insbesondere ist in dem durch die Stabilisierung der Mark und der damit verbundenen Rückkehr zur Goldbasis neuerdings bei sämtlichen Aktiengesellschaften stark hervortretenden Geldbedürfnis nicht unbedingt eine ungesunde Wirtschaftslage des einzelnen Unternehmens zu erblicken. Worin im Einzelfalle die Ursache der Kapitalsbeschaffung zu suchen ist, mag dahingestellt bleiben. Sobald der Nennwert der Aktien einer A. G. zur Zeit der Kapitalserhöhung nicht dem Kurswert entspricht, wird man sich, um die wirtschaftliche Gleichbehandlung der Aktionäre durchzuführen, der Vorzugsaktien bedienen müssen. Arbeitet das Unternehmen nicht gut, stehen die Aktien unter pari, dann bleibt gar kein anderer Ausweg, zumal ja die Unterpariemission verboten ist. Denn es kann keinem Aktionär zugemutet werden, daß er für eine Leistung, die infolge des größeren Risikos, bedeutend höher zu werten ist als die der ursprünglichen Aktionäre, nur die Rechte erhält, die auch auf eine im Werte

niedriger zu bemessende Summe entfallen. Wie man in der Inflationszeit notwendigerweise dazu übergehen mußte, in der Mark nicht mehr eine konstante Größe, einen Wertmesser, zu sehen und zu dem variablen Begriff der „Zeitmark" seine Zuflucht nahm, um den veränderten Wirtschaftsverhältnissen Rechnung zu tragen, so mußte man auch in dem System der Vorzugsaktien eine vom formaljuristischen G. P. abweichende Regelung zulassen, um die materielle Gleichbehandlung der Aktionäre zu wahren. Die Aktionäre, die bei der Schaffung einer A. G. 1000 M. in der Hoffnung beisteuern, daß sie ihr Geld sicher und gut verzinslich anlegen, leisten in der Tat längst nicht dasjenige, was ein Aktionär für die Gesellschaft opfert, der 1000 M. zu einer Zeit dem Gesellschaftsvermögen zuführt, wo die Gesellschaft dem Konkurse nahe ist.

Wenn man die Vorschrift des § 185 HGB. unter diesem Gesichtspunkt betrachtet, kommt man zu dem Ergebnis, daß sie nicht, wie es im ersten Augenblick den Anschein hat, einen Durchbruch des G. P. darstellt, sondern vielmehr zu den Grundpfeilern zu zählen ist, auf denen das Prinzip der materiellen Gleichbehandlung beruht[1]).

Die Vertreter des formaljuristischen Gleichbehandlungsgedankens, die nur die Summe, nicht aber den Wert der Summe berücksichtigen, müssen hier, sofern sie für ihre Theorie voll und ganz einstehen, abermals eine Ausnahme

1) Auch das RG. bezeichnet anläßlich einer noch zu besprechenden Entscheidung die Vorschrift des § 185 HGB. als einen Rechtssatz, in dem das G. P. aller Aktionäre zum Ausdruck gelangt sei. In dem hier erörterten Sinne scheint das RG. jedoch die Gleichbehandlung nicht aufzufassen. Das beweisen die formaljuristischen Entscheidungen in der Sanierungsfrage.

zulassen. So erklärt Fischer[1]), die Vorzugsaktie beruhe auf dem Gedanken der ungleichmäßigen Behandlung der Aktionäre.

Aber nicht alle Anhänger des formalen G. P. geben offen zu, daß das System der Vorzugsaktien mit der von ihnen verfochtenen Theorie nicht vereinbar ist. Horrwitz[2]) und mit ihm viele andere suchen aus dem Dilemma herauszukommen, indem sie unter der Gleichbehandlung nicht verstehen, daß alle Aktionäre gleiche Rechte haben, sondern daß alle gleiche Rechte haben können, d. h. daß sie alle gleichberechtigt bzw. gleich verpflichtet sind, jedes Aktionärrecht zu erwerben bezw. zu verlieren.

Allein diese Auffassung vom G. P., die in der Einfachheit ihre Stärke hat, trifft den Kern der Sache nicht ganz. Denn sie bleibt auf halbem Wege stehen. Die Möglichkeit, daß alle oder überhaupt keine Aktionäre die Vorzugsrechte erwerben können, ist zwar eine Voraussetzung dafür, daß das G. P. nicht durchbrochen wird, aber nicht die einzige Voraussetzung. Vom wirtschaftlichen Standpunkte aus kann nämlich dann, wenn die Vorzugsrechte unverhältnismäßig hoch sind, trotzdem für die sich nicht an den Vorzugsaktien beteiligenden Aktionäre eine ungerechtfertigte Benachteiligung vorliegen. Die zweite Voraussetzung, die erfüllt werden muß, wenn das Recht der Gleichbehandlung gewahrt sein soll, ist in der Angemessenheit der den neuen Aktien einzuräumenden Vorrechte zu sehen[3]). Denn stets ist zu bedenken, daß die dem wei-

1) Aktienrecht S. 350.

2) Horrwitz S. 48.

3) Vgl. hierzu Leist, Sanierung (S. 40), der der von Horrwitz und Pinner vertretenen Theorie Formallogik vorwirft, die mit ihrem Radikalismus das G. P. ausschalte, das das notwendige Sicherheitsventil gegen die Überspannung des Majoritätsprinzipes sei.

tere Aufwendungen machenden Aktionär zugesicherten Vorrechte nicht aus dem Nichts geschaffen werden, sondern nur auf Kosten der nicht zuzahlenden Gesellschafter. Um so viel die Prioritätsaktien vortreten, um ebensoviel müssen die Stammaktien zurücktreten[1]). Ist die Gesellschaft dem Abgrunde so nahe, daß der innere Wert der alten Aktien nur noch einen Bruchteil ihres Nennbetrages darstellt, dann werden naturgemäß die den Vorzugsaktien eingeräumten Rechte derart hoch bemessen sein, daß der Wert der Stammaktien fast ganz beseitigt wird. Wer das aus dem Gesichtspunkte des Gleichbehandlungsgedankens beanstandet, mag sich überlegen, daß diejenigen, die neues Geld der Gesellschaft zuwenden, Gefahr laufen auch dieses noch zu verlieren und daß, wenn es infolge bestehender Unterbilanz zum Konkurse der A. G. kommt, die alten Aktionäre auch meist leer ausgehen.

Die Abstufung der Vorrechte der neu auszugebenden Aktien muß sich also stets dem inneren Wert des Unternehmens anpassen. Bei einer gesunden A. G. werden, sofern der Unterschied der alten und neuen Aktien nicht bereits durch Überpariemission ausgeglichen wird, die Rechte der neuen Aktien gegenüber den Rechten der alten Aktien niedriger zu bemessen sein. Im Einzelfalle mag die Feststellung des Wertverhältnisses auf Schwierigkeiten stoßen. Der Kurswert der Aktien kann ein künstlich erzeugter sein und bietet daher häufig nicht den geeigneten Maßstab. Es bedarf daher gegebenenfalls der Hinzuziehung von Sachverständigen. Eine Unverhältnismäßigkeit in der Bemessung der alten und neuen Aktien braucht

---

1) Müller-Erzbach, Handelsrecht I S. 346; Fischer, Sanierungsproblem S. 73.

sich kein Aktionär gefallen zu lassen; denn sie verstößt gegen das auch im Aktienrecht geltende G. P. der Aktionäre.

§ 185 HGB. dient nach der hier vertretenen Ansicht, nur dazu, die Rechte der Aktionäre nach dem wahren Werte! — nicht nach der Summe — der von ihnen geleisteten Geldbeträge abzustufen.

Welche Rechte des Aktionärs können nun gem. § 185 HGB. verschieden bemessen werden?

Die Vorschrift nennt „insbesondere" das Recht auf die Liquidationsnote und auf die Dividende. Aus dem Wortlaut könnte man zunächst schließen, daß auch das Stimmrecht nach § 185 HGB. verschieden bemessen werden dürfe. In der Tat wird diese Ansicht vereinzelt vertreten [1]) mit der Bemerkung, daß in der Gesetzesvorschrift die Rechte auf die Liquidationsquote und den Gewinnanteil nur als Beispiele aufgezählt seien. Allein die herrschende Meinung [2]) nimmt mit Recht an, daß das Stimmrecht nicht zu den im § 185 HGB. gemeinten Rechten zu rechnen ist. So mannigfaltig auch die in der Aktie verkörperten Mitgliedschaftsrechte sein können, so treten doch aus der Gesamtheit der mitgliedschaftlichen Befugnisse nur drei Rechte als wesentlich hervor; das Recht auf den Gewinnanteil, auf die Liquidationsquote und auf die Mitverwaltung (Stimmrecht). Wenn das Gesetz von diesen drei Hauptrechten nur die beiden Vermögensrechte erwähnt, so muß daraus geschlossen werden, daß das Stimmrecht aus be-

1) U. a. Horrwitz. Einige kommen auch auf Grund einer unrichtigen Auslegung des § 252 HGB. zu der Ansicht, daß das Stimmrecht genau wie die Vermögensrechte, nach § 185 verschieden bemessen werden könne. Darüber später bei § 252.

2) Staub Anm. 6 zu § 185 nur bedingt. Dagegen stehen Makower (§ 185 Ib), Lehmann-Ring § 185 Anm. 2; Frank-Fahle S. 39 u. a. auf dem hier vertretenen Standpunkt.

stimmten Gründen fortgelassen ist. Es ist nicht einzusehen, weshalb das Gesetz, wenn durch verschieden hohes Stimmrecht verschiedene Aktiengattungen geschaffen werden könnten, das Stimmrecht in § 185 HGB. nicht anführt, sondern es in einem besonderen Paragraphen (§ 252), wie noch darzulegen ist, einer dem Inhalt des § 185 HGB. nicht entsprechenden Regelung unterwirft[1]).

§ 14.

Das Stimmrecht des Aktionärs.

Nachdem der Begriff der Vorzugsaktien und ihr Verhältnis zum G. P. erörtert worden ist, soll nunmehr von der Fülle der dem Aktionär zustehenden Verwaltungsrechte dasjenige herausgegriffen werden, das dem Willen des Aktionärs den vollendetsten Ausdruck verleiht, das Stimmrecht. Wir haben bereits zu Beginn der Betrachtungen über das Aktienrecht festgestellt, daß Besitz und Leitung des Unternehmens rechtlich auseinanderfallen, da die Geschäftsführung und Vertretung der A. G. in der Hauptsache dem Vorstand obliegt. Die Generalversammlung, und grundsätzlich nur diese, ist das Betätigungsfeld der Aktionäre. Da sie durch ihre vermögensrechtliche Beteiligung am Grundkapital die Bedingungen für die Lebensfähigkeit der A. G. gesetzt haben, muß ihnen auch an der Verwaltung ein ihrer Beteiligung entsprechender Einfluß eingeräumt werden. Die Natur der A. G., die auf einer großen Anzahl von Mitgliedern, oder richtiger betrachtet Mitgliedschaften, aufgebaut ist, bringt es mit sich, daß in ihr nicht wie bei der o. H. G. das Einhelligkeits- sondern das *Mehrheitsprinzip* herrscht. Das kommt zum Aus-

1) Frank-Fahle S. 39.

druck in den Vorschriften der §§ 250, 251 HGB., nach denen die Rechte, die den Aktionären in den Angelegenheiten der Gesellschaft zustehen, durch Beschlußfassung in der G. V. ausgeübt werden, für die in der Regel eine Mehrheit der abgegebenen Stimmen genügt. Diese Majorisierung wird von Staub [1]) als gegen das G. P. und darum gegen das Wesen der Gesellschaft verstoßend bezeichnet. Denn eine Gesellschaft als solche erfordere gleichberechtigte Mitglieder. Dem kann nicht zugestimmt werden. Durch das nachfolgend zu erörternde Stimmrecht, durch das jedem zustehende Recht auf Teilnahme und Redefreiheit in der G. V., bleibt es einem jeden Aktionär unbenommen, seine Meinung und seinen Willen deutlich zum Ausdruck zu bringen. Daß sich bei Meinungsverschiedenheiten die Minderheit der Mehrheit beugen muß, liegt in der Tatsache begründet, daß eine Gesellschaft nur von einem einheitlichen Willen geleitet werden kann. Außerdem wäre, da die A. G. eine reine Kapitalsassoziation ist, es mit dem wirtschaftlich erfaßten Gleichbehandlungsgedanken gar nicht vereinbar, daß der Kleinaktionär mit dem Großaktionär hinsichtlich der Verteilung der Rechte vollkommen auf eine Stufe gestellt würde. Denn „wer sein Geld in ein Geschäft steckt, will auch darüber zu bestimmen haben. Sollen viele andere, die im Verhältnis zu ihm einen geringfügigen Geldbetrag in das Unternehmen legen, Maßgebendes zu sagen haben, so beteiligt er sich überhaupt nicht“ [2]). Der Kleinaktionär muß wissen, daß er entsprechend dem geringen Bruchteil, den er zum Grundkapital beisteuert, auch nur in beschränktem Maße an der Verwaltung der A. G. teilhaben kann. „Er soll sich vorher die Personen ansehen, die sein

1) Staub Anm. 9 zu § 250.
2) Horrwitz S. 11.

Geld verwalten, aber sich nicht einbilden, es mitverwalten zu dürfen“ [1]).

In dem Majorisierungsprinzip ist also keine Ausnahme vom G. P. zu erblicken; sie stellt vielmehr unter der Voraussetzung, daß das Stimmrecht der Aktionäre nach dem Werte ihrer Beteiligungsquoten abgestuft ist, eine dem Gleichbehandlungsgedanken durchaus entsprechende Regelung dar.

Auch eine unter dieser Voraussetzung zustande gekommene Mehrheit kann allerdings im Einzelfalle Beschlüsse fassen, die der Minderheit infolge der Verletzung des G. P. nachteilig sind. Deshalb wird auch in der Literatur und Rechtsprechung ständig hervorgehoben, daß die Schranken des Majorisierungsprinzips nicht nur in den außerhalb des Wirkungskreises der G. V. liegenden Fremdrechten, sondern auch im Gleichbehandlungsprinzip zu finden sind (vgl. Müller-Erzbach a. a. O.).

Die wichtigere Frage ist jedoch zunächst, ob die Vorschriften über das Stimmrecht selbst dem genannten Grundsatz entsprechen. Ob das der Fall ist, soll nunmehr untersucht werden.

Über das Stimmrecht des Aktionärs besagt der 1. Abs. des § 252 HGB. folgendes:

„Jede Aktie gewährt das Stimmrecht. Das Stimmrecht wird nach den Aktienbeträgen ausgeübt. Der Gesellschaftsvertrag kann für den Fall, daß ein Aktionär mehrere Aktien besitzt, die Ausübung des Stimmrechts durch Festsetzung eines Höchstbetrags oder von Abstufungen beschränken. Werden mehrere Gattungen von Aktien ausgegeben, so kann der Gesellschaftsvertrag den

1) Horrwitz S. 12.

Aktien der einen Gattung ein höheres Stimmrecht beilegen als den Aktien einer anderen Gattung."

Der vierte Absatz der gleichen Gesetzesvorschrift bestimmt:

„Im Übrigen richten sich die Bedingungen und die Form der Ausübung des Stimmrechts nach dem Gesellschaftsvertrage."

Der letzte Absatz besagt, um das vorwegzunehmen, daß der Gesellschaftsvertrag im Einzelfalle nur derartige Regeln treffen darf, die mit den vom Gesetzgeber im ersten Absatz der genannten Vorschrift getroffenen Bestimmungen vereinbar sind [1]).

Jede Aktie gewährt das Stimmrecht.

Durch diese zwingende Vorschrift wird bestimmt, daß jedes Anteilsrecht, sei es auch noch so gering, ohne Unterschied der Gattung das Stimmrecht gewährt. Nach früherem Recht (Art. 224 ADHGB. von 1861 und Novelle von 1870) konnte das Stimmrecht von dem Besitz mehrerer Aktien abhängig gemacht werden. Eine derartige Regelung ist nach heutigem Recht nicht mehr möglich. Durch die Aufnahme dieser Bestimmung ist das G. P. in der A. G. erst in vollem Umfange durchgeführt worden. Denn vor der Einführung des Minimalstimmrechts war es an der Tagesordnung, daß der größte Teil des Aktienkapitals des Stimmrechts entbehrte. Dadurch war es möglich, mit nur einem geringen Bruchteil des Grundkapitals über das Wohl und Wehe der Gesellschaft zu bestimmen. In England und besonders in Amerika ist es heute noch eine sehr verbreitete Übung, nur einer bestimmten Kategorie von Aktien das Stimmrecht zu gewähren, so daß häufig den eigentlich Kapital Beisteuernden nur ein sehr geringer Einfluß auf

1) Vgl. Staub Anm. 29 zu § 185.

die Gesellschaft gewährt wird. So werden nicht selten die common shares, Stammaktien, den Gründern ohne oder gegen nur geringe Einzahlung überlassen, ihnen aber das Stimmrecht ganz allein vorbehalten. Im allgemeinen läßt sich gerade von den amerikanischen Aktiengesellschaften sagen, daß bei ihnen von der Durchführung der wirtschaftlichen Gleichberechtigung nicht die Rede sein kann. Denn infolge des Fehlens des im deutschen Aktienrecht durch § 252 Abs. 1 S. 1 HGB. gesetzlich konzessionierten Mindeststimmrechts ist es gerade durch die von den großen amerikanischen Industriemagnaten bis zur höchsten Vollendung entwickelten und angewandten Methoden möglich, mit einem verschwindend kleinen Grundkapitalanteil die großen Gesellschaften restlos zu beherrschen [1]).

Nach Makowers Ansicht [2]) spricht der Gesetzgeber nur von der Gewährung des Stimmrechts und läßt es dahingestellt, ob dieses stets in einer vollen Stimme bestehen muß oder auch nur in dem Bruchteil einer Stimme bestehen kann. Wenn man berücksichtigt, daß bei Stimmengleichheit nicht der Bruchteil einer Stimme, sondern eine volle Stimme über die Hälfte den Ausschlag gibt und nach Absicht des Gesetzgebers der Aktionär mit einer Stimme schon in der Lage sein soll, den Ausschlag zu geben, muß jedoch die oben erwähnte Ansicht Makowers verworfen werden.

Der zweite Satz der zur Debatte stehenden Vorschrift bestimmt, daß das Stimmrecht nach Aktienbeträgen ausgeübt wird. Da unter Aktienbeträgen nach der Ausdrucksweise des Gesetzgebers die Nennbeträge zu verstehen

1) Vgl. hierzu Liefmann, Unternehmungsformen S. 48; Sonntag und Steinitzer a. a. O.

2) Makower, Anm. A I b zu § 252.

sind [1]), so wird diese Vorschrift von den Anhängern der formaljuristischen Gleichbehandlungstheorie häufig zur Bekräftigung ihrer Ansicht mit aufgezählt. Wir werden noch Gelegenheit haben, gegen die Richtigkeit dieses Arguments Stellung zu nehmen. Auch in dieser Vorschrift zeigt sich wieder, daß die A. G. eine reine Kapitalassoziation ist. Nicht die Abstimmung der Person, nicht die Abstimmung nach Köpfen, sondern die Höhe des Kapitals gibt den Ausschlag.

Die nun folgende Bestimmung des § 252 Abs. 1 S. 3 HGB, die besagt, daß es dem Gesellschaftsvertrag überlassen bleibt, die Ausübung des Stimmrechts des mehrere Aktien besitzenden Aktionärs durch Festsetzung eines Höchstbetrags oder von Abstufungen zu beschränken, ist allerdings mit dem materiellen G. P. nicht ganz vereinbar. Denn nach ihr kann das Statut einer A. G. bestimmen, daß ein Aktionär z. B. nicht mehr als 15 Stimmen für sich abgeben darf, oder daß für 1 bis 5 Aktien eine Stimme, für je weitere 5 Aktien eine weitere Stimme zu erteilen ist. Gegenüber einer solchen Regelung, die die Kapitalbeteiligung der Aktionäre häufig nicht richtig zum Ausdruck bringt, bedeutet es nur einen schwachen Trost, daß sämtliche Aktionäre unter den gleichen Voraussetzungen stehen, da nur dann dem materiellen G. P. wirklich Rechnung getragen wird, wenn zufällig alle Aktionäre eine entsprechende Zahl aufweisen, und sich infolgedessen keine tatsächlich stimmlosen Aktien in ihren Händen befinden. Jedenfalls sind jene gesetzlich erlaubten Festsetzungen dazu geeignet, eine Willensbildung nach den tatsächlich geleisteten Kapitalsbeträgen zu erschweren. Bei

1) Makower Anm. III a zu § 252; Lehmann-Ring, Anm. 2 zu § 252.

der Betrachtung der Aktiengesellschaft der Zukunft wird noch festgestellt werden, daß der Gesetzgeber nicht ohne Grund von dem elementaren Grundsatz der materiellen Gleichbehandlung der Aktionäre abgewichen ist, sondern in der eben besprochenen Regelung vergeblich versucht hat, einen in der juristischen Struktur der A. G. begründeten Fehler auszugleichen.

Nunmehr kommen wir zu einer Bestimmung, die wohl ohne Übertreibung zu den bestrittensten Gebieten im Aktienrecht zu zählen ist. Der letzte Satz des ersten Absatzes von § 252 HGB. bestimmt, daß sofern mehrere Gattungen von Aktien ausgegeben werden, der Gesellschaftsvertrag den Aktien der einen Gattung ein höheres Stimmrecht beilegen kann als den Aktien einer anderen Gattung.

Diese Vorschrift hat nun unter den Juristen sehr verschiedene Auslegungen erfahren. Die radikalste Ansicht wird u. a. von Horrwitz[1]) vertreten, der, indem er das Stimmrecht zu den gem. § 185 HGB. einer Aktiengattung im beliebigen Maße zuzulegenden oder zu entziehenden Rechten zählt, die Ansicht vertritt, daß verschiedene Aktiengattungen bereits durch verschiedenes Stimmrecht geschaffen werden können. Allein einer derartigen Auslegung steht der Wortlaut des Gesetzes entgegen, der in nicht mißzuverstehender Klarheit bestimmt, daß die Verschiedenheit des Stimmrechts nur möglich ist, soweit bereits mehrere Gattungen von Aktien bestehen. Außerdem ist nicht einzusehen, warum der Gesetzgeber, wenn er der Ansicht Horrwitz' gewesen wäre, nicht ohne weiteres das Stimmrecht im § 185 HGB. mit aufgezählt hätte. Das Schweigen des Gesetzgebers bei der zuletzt genannten Vor-

1) Horrwitz S. 218.

schrift, spricht gegen die Auslegung von Horrwitz[1]). Gerade daraus, daß das Dividendenrecht und das Recht auf die Liquidationsquote besonders erwähnt sind, ist zu schließen, daß verschiedene Aktiengattungen gem. § 185 nur durch verschiedene Rechte vermögensrechtlicher Natur entstehen, nicht aber durch verschieden hohes Stimmrecht. Das Stimmrecht entspringt vielmehr erst aus der vermögensrechtlichen Beteiligung an der Gesellschaft. Wie das Stimmrecht die Folge der Kapitalbeteiligung ist, so kann ein höheres Stimmrecht nur die Folge einer hochwertigeren Kapitalbeteiligung sein.

Damit begeben wir uns schon zu der neuerdings von Frank-Fahle[2]) vertretenen Anschauung, nach der „jeder Aktiengattung, die mit anderen — gleichgültig ob besseren oder schlechteren — Vermögensrechten ausgestattet ist, ein höheres Stimmrecht beigelegt werden kann“[3]). Frank-Fahle, der a. a. O.[4]) durch diese u. E. unrichtige Auslegung des § 252 Abs. 1 S. 4 HGB. zu dem Ergebnis gelangt, daß der Grundsatz der Gleichberechtigung im deutschen Recht nur innerhalb der einzelnen Gattungen, nicht aber im Verhältnis von vermögensrechtlich verschieden gearteten Aktiengattungen zwingend sei, sucht seine Ansicht aus dem Geiste des Aktienrechts zu begründen. Nach ihm folgt aus der Eigenschaft der A. G. als einer Kapitalvereinigung nur, daß bei einer höheren (nicht besseren) Kapitalbeteiligung auch ein entsprechend höherer Anteil an der Verwaltung gewährt werde. Er spricht in

1) Dieselbe Ansicht vertritt anscheinend Cosack[9] § 222 III, 1 b S. 501.

2) Frank-Fahle S. 39/40.

3) Vgl. hierzu auch Planitz S. 35 und S. 36; Staub-Pinner[10] zu § 252 Anm. 10.

4) Frank-Fahle S. 12.

diesem Zusammenhange ganz deutlich aus, daß das G. P. nur auf die Quantität des Kapitalanteils, nicht jedoch auf dessen Qualität Anwendung finde[1]). Bei ihm entscheidet also die Höhe und nicht der Wert der Summe.

Für diese von uns bereits an anderer Stelle verworfene Ansicht spricht allerdings die Tatsache, daß das Aktiengesetz auch in § 252 HGB. nur nach Nennbeträgen, also nach der Höhe und nicht nach dem Werte der gezahlten Summe das Stimmrecht bemißt. Aber gerade deshalb mußte es der Gesetzgeber zulassen und gerade, um die materielle Gleichbehandlung der Aktionäre zu wahren, die Möglichkeit gewähren, das Stimmrecht, soweit dies erforderlich ist, nach dem Werte der Nennbeträge zu bemessen.

Frank-Fahle ist auch nicht zuzustimmen, wenn er zur Begründung seiner Ansicht den Wortlaut des § 185 HGB. anführt, der an keiner Stelle von besseren Vermögensrechten, sondern nur von verschiedenen Rechten, auch nicht von bevorzugten Gattungen, sondern schlechthin von anderen Gattungen spricht. Denn vom Standpunkt des wirtschaftlichen Gleichbehandlungsprinzips aus kann es gar keine „Vorzugs"aktien geben. Eine Bevorzugung bedeutet nämlich, wenn man schon den Weg der grammatikalischen Auslegung beschreitet, eine grundlose Besserstellung. Davon kann aber im gegebenen Falle keine Rede sein. Die Aktionäre werden in Wirklichkeit nicht bevorzugt, sondern infolge des höheren Wertes ihrer Leistung in ihren Rechten besser gestellt als die Stammaktionäre. Die Verschiedenheit der Rechte soll eben gerade nicht auf Grund willkürlicher Bevorzugung erfolgen, sondern in der Verschiedenheit

1) Frank-Fahle S. 41.

des Wertes begründet sein. Das wollte der Gesetzgeber bereits im § 185 HGB. sagen, und dem gleichen Gedanken hat er im § 252 Abs. 1 S. 4 klar und deutlich Ausdruck verliehen, indem er ein höheres Stimmrecht nur gestattet, sofern bereits verschiedene Aktiengattungen vorhanden sind.

Durch die Kritik der das G. P. formaljuristisch auffassenden Ansicht Frank-Fahles ist bereits der Boden bereitet worden für die Anschauung, die hier vertreten werden soll, und die auch als die herrschende zu betrachten ist. Ein höheres Stimmrecht gebührt nur den Aktien, die im Verhältnis zu den übrigen einen höheren inneren wirtschaftlichen Wert haben. Da sich dieses, wie bereits zum Ausdruck gebracht, in erster Linie in den höheren Vermögensrechten zeigt, so ist aus § 185 vb. mit § 252 Abs. 1 S. HGB. zu schließen, daß nur den Aktiengattungen ein höheres Stimmrecht beigelegt werden darf, die bereits durch die wertvollen Vermögensrechte, die ihnen zugedacht sind, ihren höheren inneren Wert dokumentieren [1]).

Dieser Satz ist noch dahin zu präzisieren, daß es nicht genügt, daß der höherwertigen Aktiengattung im beliebigen Maße ein höheres Stimmrecht zugelegt werden kann, sondern daß vielmehr auch das Stimmrecht in seiner Größe stets dem Wertverhältnisse der Aktien angepaßt werden muß.

Demnach ist nach dem hier vertretenen Standpunkt die Ansicht Huecks [2]) auch nicht zu billigen, der die Stimmrechtsaktien bereits dann zulassen will, wenn die betr. Aktiengattung mit Vorrechten versehen ist, die immerhin schon eine selbständige Bedeutung haben, dagegen die Ein-

1) Vgl. hierzu Müller-Erzbach, Handelsrecht I S. 332; Fischer, Aktienrecht S. 187 § 36.

2) Hueck S. 63, 73 Vorzugsaktien mit mehrfachem Stimmrecht.

räumung eines ganz unerheblichen Vorzuges als nicht ausreichend bezeichnet. Diese Auslegung der Bestimmung der genannten Vorschrift ist von einer gefährlichen, das G. P. verletzenden Halbheit. Mit Recht wendet sich Frank-Fahle[1]) gegen sie, indem er die Frage aufwirft: „Wer will jedoch entscheiden, wann ein Unterschied in der Dividende oder am Anteil bei der Verteilung des Gesellschaftsvermögens eine selbständige Bedeutung ausmacht, oder wann eine Umgehung des Gesetzes vorliegt? Rechtsunsicherheit wäre die Folge".

Nachdem die sich aus dem Gesetz unter besonderer Berücksichtigung des G. P. ergebenden Stimmrechtsbefugnisse des Aktionärs erörtert worden sind, soll nunmehr noch einer Erscheinung auf dem Gebiete des Aktienrechts Erwähnung getan werden, der Stimmrechtsaktie, die in der Hauptsache erst in der Nachkriegszeit aufgetaucht ist und mit der hier vertretenen, aus dem G. P. der Aktionäre entwickelten Interpretation der zuletzt erörterten Gesetzesvorschrift in krassem Widerspruch steht.

Der verlorene Krieg hat Deutschland in wirtschaftlicher Hinsicht an den Bettelstab gebracht. Mit dem ungeheuren Sturze der Mark drang das hochwertige ausländische Kapital übermäßig und leicht in das deutsche Wirtschaftsleben ein und überschwemmte somit auch die Aktiengesellschaften, in deren Form die bedeutendsten Unternehmungen der deutschen Wirtschaft organisiert sind. So notwendig einerseits die ausländischen Kapitalsmassen der durch den verlorenen Krieg vollkommen verarmten deutschen Wirtschaft waren und es noch für lange Jahre sein werden, so groß war andererseits die Gefahr, die noch heute be-

1) Frank-Fahle S. 43.

steht, daß das ausländische Kapital beherrschenden Einfluß auf die Leitung der deutschen Unternehmungen gewann. In besonders hohem Maße drohte den nur auf Kapital aufgebauten Aktiengesellschaften diese „Auslandsüberfremdung". In den Generalversammlungen zeigte sich bald die ungeheure Macht des fremden Kapitals. Um die Verwaltung nicht vollkommen unter ausländischen Einfluß zu bringen, der früher oder später den Ruin der ganzen deutschen Wirtschaft hätte nach sich ziehen müssen, sann man auf einen Ausweg, der es ermöglichte, die Macht des fremden Kapitals zu brechen. Besonders hinderlich war dabei der Art. 276 d des Versailler Vertrages, der Deutschland verpflichtet, „den Staatsangehörigen irgendeiner der alliierten und assoziierten Mächte keinerlei Beschränkung aufzuerlegen, die nicht am 1. Juli 1914 auf die Staatsangehörigen dieser Mächte anwendbar war, sofern nicht seinen eigenen Angehörigen dieselbe Beschränkung gleichfalls auferlegt wird" [1]). Diese Vorschrift verhinderte also die Erlassung eines Gesetzes gegen die Überfremdung. Wollte man eine Kapitalsüberfremdung vermeiden, so mußte man hierzu eine Form wählen, die die eigenen Staatsangehörigen genau so traf wie die Ausländer. In der Kapitalsüberfremdung lag somit ein Grund [2]) und jedenfalls die äußere Veranlassung der Schaffung der Stimmrechtsaktie. Die wirtschaftliche Notlage zwang zu einer gröblichen Verletzung des Grundsatzes der materiellen Gleichbehandlung der Aktionäre, indem sie unter formaler,

---

1) Vgl. hierzu die Aufhebung des Bundesratsbeschlusses vom 20. I. 1918 RGBl. 1918 S. 172, der den Verkauf von Aktien oder sonstigen Geschäftsanteilen von Kolonialunternehmungen an Ausländer untersagte.

2) Nicht der einzige Grund; darüber später.

den Geist des Aktienrechts verletzender Auslegung der Vorschrift des § 252 Abs. 1 S. 4 HGB. eine Aktiengattung schuf, die mit einem unverhältnismäßig hohen, dem Wert der Leistung in keinerlei Beziehung entsprechenden Stimmrecht ausgestattet wurde.

Es soll an dieser Stelle keineswegs verkannt werden, daß wir es der Stimmrechtsaktie zu verdanken haben, wenn bis heute im Gegensatz zu Österreich in Deutschland im großen und ganzen von einer Kapitalüberfremdung auf dem Gebiete der A. G. nicht gesprochen werden kann. Die Bedeutung der Stimmrechtsaktie soll in dieser Hinsicht nicht im geringsten angezweifelt werden. Die Erkenntnis der momentanen Zweckmäßigkeit einer Einrichtung besagt aber nichts für deren rechtliche Zulässigkeit, insbesondere dann nicht, wenn, wie im gegebenen Falle, ihre Zweckmäßigkeit auf anormale Wirtschaftszustände zurückzuführen ist.

Der Ausweg, den die Praxis in der Stimmrechtsaktie fand, ist u. E., so begrüßenswert er im Augenblicke unter dem Drucke des Versailler Vertrages erscheinen mag, nach bestehendem Aktienrecht vollkommen unhaltbar. Das soll im folgenden näher beleuchtet werden. Denn die Methoden, die sich auf dem Gebiete der Schaffung von Stimmrechtsaktien nach und nach herausgebildet haben, überbieten sich geradezu in dem Bestreben, den Grundsatz „gleiche Rechte bei gleichwertigen Leistungen" zu durchbrechen. In ihnen finden wir eine Parallele zu den bereits genannten Methoden, die in Amerika in Gebrauch sind, und die genau wie die Stimmrechtsaktien dazu dienen, mit möglichst wenig Kapital das ganze Unternehmen mühelos zu beherrschen. Im Ergebnis haben wir es also bei den Stimmrechtsaktien mit einer Erscheinung zu

tun, „die dem vom Gesetze anerkannten Normalzustand direkt zuwiderläuft“ [1]).

So wird im Gegensatz zu den sonstigen Emissionen häufig von der im § 195 Abs. 3 HGB. enthaltenen Vorschrift Gebrauch gemacht, nach der die Eintragung neuer Aktiengattungen bereits dann möglich ist, wenn nur 25 % des Nennbetrages eingezahlt sind. Dadurch wird die wirtschaftliche Ungleichheit, die durch die neue Aktiengattung infolge des ihr eingeräumten, unverhältnismäßig hohen Stimmrechts geschaffen worden ist, noch um ein Vielfaches vergrößert. Des weiteren stellt die Einräumung des sog. gleitenden Stimmrechts, das es ermöglicht, daß bei jeder späterhin eintretenden Kapitalserhöhung das Stimmrecht der Stimmrechtsaktiengattung sich automatisch erhöht, eine perpetuierliche Verletzung des Gleichbehandlungsgedankens dar. Es könnte hier der Einwand erhoben werden, daß das gleitende Stimmrecht es ja gerade bezweckt, die stimmrechtlichen Proportionen zu erhalten und also dem Proportionsgedanken nicht entgegensteht, sondern ihm gerade gerecht wird. Dem ist mit Frank-Fahle [2]) zunächst entgegenzuhalten, daß Voraussetzung dafür überhaupt ist, daß die Aktionäre ihr Bezugsrecht tatsächlich ausüben; nur dann würde keine Verschiebung des Stimmverhältnisses eintreten. Aber auch abgesehen davon ändert sich das Stimmverhältnis doch zuungunsten des nicht bevorzugten Aktionärs. Übt der Aktionär sein Bezugsrecht aus, das beispielsweise derart ist, daß auf eine alte Aktie eine junge bezogen werden kann, so bleibt sein Anteil an der Verwaltung der gleiche, auch wenn der Stimmrechtsaktionär gleitendes Stimmrecht hat. Aber auf der einen Seite ist

1) Planitz, Stimmrechtsaktie S. 1.
2) Frank-Fahle S. 67.

ein Kapitalaufwand nötig, damit überhaupt derselbe Einfluß aufrecht erhalten wird, auf der anderen Seite hingegen bleibt, ohne daß irgendwie dafür Kapital geleistet wird, der Einfluß auf die Verwaltung der gleiche. Es dürfte nach den vorhergehenden Erörterungen klar sein, daß eine derartige statutarische Bestimmung nicht nur gegen die §§ 282/83 HGB., sondern auch gegen das G. P. als solches verstößt.

Am stärksten aber zeigt sich die Sabotierung des G. P. in der Höhe der den Stimmrechtsaktien beigelegten Stimmenzahl. Letztere schwankt in der Regel [1]) zwischen 2 und 40 Stimmen pro Aktie. Selbst ein höheres Stimmrecht ist nicht selten. So berichtet Frank-Fahle von Fällen, in denen den Stimmrechtsaktien das 50fache, 120-, ja selbst 200fache Stimmrecht beigelegt wurde.

Es könnten noch eine Reihe von Eigenarten bei der Ausgabe von Stimmrechtsaktien aufgeführt werden, so z. B. die Bindung der Stimmrechtsaktien an bestimmte, der Verwaltung nahe stehende Kreise durch Konsortialverträge u. dgl. Allein es stehen noch andere Fragen aus dem Aktienrechte zur Debatte, die es angebracht erscheinen lassen, die Erörterungen über die Stimmrechtsaktie zu beschließen, zumal mit dem Gesagten zur Genüge dargetan ist, daß die Stimmrechtsaktien, von welchem Punkte aus sie auch immer beleuchtet werden, nie und nimmer mit dem materiellen G. P. in Einklang gebracht werden können.

Im Zusammenhange mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz sind auch einige bei Abänderung des Gesellschaftsvertrages zu beachtende Stimmrechtsvorschriften einer näheren Erörterung zu unterziehen. § 275 Abs. 3 HGB.

---

1) Frank-Fahle S. 24.

bestimmt im allgemeinen, die §§ 278 Abs. 2 und 288 Abs. 3 HGB. für Kapitalserhöhungen bezw. Herabsetzungen insbesondere daß, wenn das bisherige Verhältnis mehrerer Gattungen von Aktien mit verschiedener Berechtigung zum Nachteil[1]) einer Gattung geändert werden soll, eine Sonderabstimmung der benachteiligten Aktionäre stattzufinden hat, für die in Ermanglung einer anderen Bestimmung des Gesellschaftsvertrages eine Mehrheit von drei Vierteilen des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals erforderlich ist.

Diese Vorschrift hat in Juristenkreisen im Hinblick auf das G. P. entgegengesetzte Auslegungen erfahren.

Ein Teil der Schriftsteller erklärt diese Gesetzesbestimmung mit dem genannten Prinzip als unvereinbar und konstruiert deshalb im vorliegenden Falle eine Ausnahme vom G. P.[2]).

Andere[3]) wieder erklären die Bestimmung mit dem Gleichbehandlungsgedanken für vereinbar und sehen in ihr lediglich eine nur durch die Natur der A. G. als einer auf eine große Zahl von Personen aufgebauten Korporation notwendig gewordene Abänderung des G. P.

So schreibt Müller-Erzbach[4]):

„Bis zur Novelle von 1884 konnte aus diesem Prinzip heraus jeder Prioritätsaktionär einem Beschlusse weitere Prioritätsaktien auszugeben wirksam widersprechen, indem er geltend machte, daß dadurch seine besonderen Rechte geschmälert würden. Da eine solche

1) Das ist im §§ 278, 288 HGB. als selbstverständlich nicht mehr erwähnt.

2) Zu den Vertretern dieser Ansicht gehören Frank-Fahle S. 11, Leist, Sanierung S. 31 u. Zadek S. 97.

3) So u. a. Müller-Erzbach, Handelsrecht I S. 342.

4) Müller-Erzbach, Handelsrecht I S. 342.

Herrschaft des Prioritätsaktionärs über die Gesamtheit unerträglich war, so bestimmt § 275 Abs. 3. HGB. für den Fall, daß Gattungsaktien vorhanden sind, und daß nun das bisherige Verhältnis der verschiedenen Aktiengattungen zueinander zum Nachteil einer derselben geändert werden soll, daß es neben dem dahingehenden Beschlusse der G. V. nur eines in gesonderter Abstimmung gefaßten Beschlusses der benachteiligten Aktionäre bedarf. Der Beschluß erfordert eine Mehrheit, die mindestens drei Vierteile der bei der Beschlußfassung vertretenen Aktien umfaßt".

Gegen diese letzte Ansicht ist einzuwenden, daß sie anscheinend außer Acht läßt, daß bei einer dementsprechenden Bestimmung des Gesellschaftsvertrages eventuell schon ein bloßer Mehrheitsbeschluß der zu Benachteiligenden genügt, um vom G. P. abzuweichen. Es kann also das bisher stets als ohne Zustimmung der Betroffenen unentziehbar bezeichnete Recht auf gleiche Behandlung nach dieser Ansicht gegebenenfalls bereits gegen den Willen einer großen Anzahl der Aktionäre, die fast die Hälfte der ganzen Aktien in ihren Händen haben, zu ihrem Nachteil abgeändert werden.

Der ersten Ansicht, die in der genannten Vorschrift eine Ausnahme vom G. P. erblickt, ist zuzustimmen, sofern man das G. P. nicht vom materiellen, sondern vom formaljuristischen Standpunkte aus betrachtet.

Zu einer ganz anderen Auslegung gelangt man indessen, wenn man von dem wirtschaftlichen G. P. ausgeht. Wollte man den vom Gesetze gebrauchten Ausdruck „zum Nachteil einer Gattung" dahin erklären, daß der Gesetzgeber damit jede beliebige also auch eine dem Werte der Gattungen nicht notwendig entsprechende Verschiebung der

Rechtsverhältnisse der Aktiengattungen zu einander habe erlauben wollen, so bräche die ganze Theorie der materiellen Gleichbehandlung der Aktionäre mit dieser einen Bestimmung restlos in sich zusammen. Denn wenn es möglich sein sollte, daß ein einfacher Mehrheitsbeschluß der von der Benachteiligung betroffenen Aktionäre erforderlichenfalls schon genügte, um die auf wirtschaftlichen Voraussetzungen basierende Verschiedenheit der einzelnen Aktiengattungen zum Nachteil der einen oder der anderen beliebig zu verändern, dann könnte wohl von einem G. P. im genannten Sinne kaum noch die Rede sein, zum mindesten hätte das G. P. hier einen schwer ins Gewicht fallenden Durchbruch zu verzeichnen, der dann auch die oben entwickelte Auslegung von § 185 in Frage stellen würde. Denn wenn der Gesetzgeber bei bestehenden Aktiengattungen das materielle G. P. außer Acht ließe, wäre nicht recht einzusehen, warum er bei der Schaffung von Aktiengattungen von einem anderen Gesichtspunkt ausgehen sollte. Doch offenbar ist vom Gesetzgeber das Wort „Nachteil" in einem ganz anderen Sinne gebraucht worden. Es ist bereits wiederholt hervorgehoben worden, daß der Gesetzgeber im Aktienrecht sehr formalen Tendenzen zuneigt, daß er den wirtschaftlichen Begriff des Kurswertes der Aktie kaum kennt und fast alle wichtigen Rechte des Aktionärs nach dem Nennbetrage der Aktien regelt. Es wurde ferner schon verschiedentlich darauf hingewiesen, daß der Gesetzgeber vom formalen Standpunkte stets da abweicht, wo er durch die wirtschaftlichen Verhältnisse dazu gezwungen wird [1]). In der Besprechung des allgemein gebräuchlichen

---

1) Vgl. die Erörterungen zu den §§ 185, 252 in dieser Abhandlung.

Begriffes des Wortes „Vorzugsaktie“ ist des weiteren erörtert worden, daß ein solcher Begriff strenggenommen mit dem wirtschaftlichen G. P. nicht vereinbar ist, sondern daß vielmehr die formaljuristische Erfassung des G. P. daran schuld ist, daß man heute allgemein von „Vorzugsaktien“ spricht. Ein derartiges Wort kann nur vom formaljuristischen Standpunkte aus verstanden werden, wie es auch nur aus formaljuristischen Gedankengängen geboren ist. Man verglich und vergleicht noch heute nicht die Werte, sondern die Nennwerte der Aktiengattungen miteinander und kommt auf Grund dieser Betrachtungsweise dazu, zu behaupten, daß die eine Gattung gegenüber der anderen „bevorzugt“ sei, da sie bei gleichem Nennwerte mit der anderen Aktiengattung mehr Rechte als die letztere gewähre. Genau so wenig wie nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten bei der einen Gattung ein Vorzug vorliegt, genau so wenig ist die andere Gattung ihr gegenüber „benachteiligt“. Damit sind wir bei dem Wort, von dem wir ausgegangen waren, wieder angelangt. Im §185 HGB. hat der Gesetzgeber den Fehler vermieden, den er im § 275 HGB. gemacht hat: Dort spricht er von Gattungen mit verschiedenen Rechten und nicht von bevorzugten bezw. benachteiligten Gattungen. Das gleiche hat er im § 275 sagen wollen. Nur hat er bei der Formulierung des Gesetzes den wirtschaftlichen Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgedankens im Augenblick außer Acht gelassen und dadurch im Ausdruck gefehlt. Das darf nun aber nicht dazu führen, diese Gesetzesvorschrift als einen Durchbruch des G. P. anzusehen. Vielmehr ist daran festzuhalten, daß auch nach § 275 Abs. 3 HGB. stets nur eine, dem wirtschaftlichen Werte der Aktiengattungen entsprechende Rechteverschiebung eintreten darf.

Die hier vertretene Ansicht findet ihre Stütze im Gesetze selbst; denn wollte man annehmen, daß § 275 Abs. 3 HGB. auch die wirtschaftliche Benachteiligung der Aktionäre treffen soll, dann würde die Gesetzesbestimmung zum mindesten an einer nicht verständlichen Ungenauigkeit kranken. Denn für die Sonderabstimmung ist stets Voraussetzung, daß bereits mehrere Aktiengattungen bestehen[1]). Der wichtige Fall, daß Gattungen erst durch Beilegung verschiedener Rechte entstehen, wird durch sie nicht geregelt[2]).

Diese letzte Tatsache ist geeignet, den Weg zu zeigen, der u. E. zu der richtigen Auslegung der umstrittenen Vorschrift führt. Aus der Erkenntnis heraus, daß das unter national-ökonomischen Gesichtspunkten betrachtete G. P. im Einzelfalle oft nur sehr schwer in seinen Grenzen festzulegen ist, hat der Gesetzgeber im § 275 Abs. 3 HGB. eine Kautel dafür schaffen wollen, daß die Aktionäre nicht infolge falscher Beurteilung der wirtschaftlichen Voraussetzungen unbewußt vom G. P. abweichen und hat deshalb wie auch in anderen wichtigen Gesellschaftsangelegenheiten das dispositive Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit der benachteiligten Gattung aufgestellt. Der Gesetzgeber hat einer Zufallsmehrheit, die leicht zu unrichtigen Beschlüssen führen kann, vorbeugen wollen, indem er von der richtigen

---

1) § 275 Abs. 3 besagt: „Soll das bisherige Verhältnis mehrerer Gattungen ... geändert werden, so" usw.

2) Der Einwand, daß bei der Schaffung von Aktiengattungen alle Aktionäre gleichmäßig benachteiligt würden und aus diesem Grunde eine Sonderabstimmung nicht nötig sei, ist nicht stichhaltig, da für das materielle G. P. neben der Voraussetzung, daß alle Aktionäre gleichmäßig getroffen werden, noch diejenige erfüllt werden muß, daß sie nur so stark benachteiligt werden, als dies den wirtschaftlichen Verhältnissen entspricht.

Ansicht ausging, daß diejenigen Beschlüsse, die von einer großen Mehrheit gefaßt werden, eher der wahren Wirtschaftslage der A. G. entsprechen, als diejenigen einer nur geringen Mehrheit.

Man wird die Richtigkeit der hier verfochtenen Meinung um so weniger bestreiten können, wenn man sich die Frage vorlegt, welchen Anlaß wohl der Gesetzgeber gehabt haben könnte, um eine Ausnahme von einem so elementaren Grundsatz wie dem der Gleichbehandlung der Aktionäre nicht nur zuzulassen, sondern sogar ausdrücklich gesetzlich konzessionieren zu müssen. Wenn man das G. P. materiell auffaßt, so kann man auf diese Frage keine Antwort finden. Denn warum sollte der Gesetzgeber den Fall, daß grundlos vom G. P. abgewichen wird, kraft positiver Vorschrift gutheißen.

Aus dem Vorhergehenden folgt zur Genüge, daß durch die Bestimmung der Vorschrift des § 275 Abs. 3 HGB. und der entsprechenden Bestimmungen der §§ 277, 288 das G. P. in dem hier entwickelten Sinne nicht im geringsten tangiert wird, daß die genannte Gesetzesbestimmung vielmehr gerade dazu dient, den nachzuweisenden Grundsatz im Einzelfalle tunlichst zu wahren.

§ 15.
Das Dividendenrecht.

Dem wichtigsten Verwaltungsrecht des Aktionärs stellen wir das wichtigste Vermögensrecht gegenüber. Das Recht auf Beteiligung am Reingewinn bildet für den Aktionär in der Regel das treibende Moment, sich einer Gesellschaft anzuschließen; denn er hofft aus diesem Recht eine größere Rentabilität seiner Kapitaleinlage, als aus festverzinslichen Anlagen. Aus diesem Grunde haben sich

gerade auf dem Gebiete des Dividendenrechts in der Praxis eine ganze Reihe von Spielarten gebildet. Auch hier taucht demzufolge die Frage auf, ob im Einzelfalle vom G. P. abgewichen werden darf, sofern nicht die Abweichung bereits im Urstatut festgesetzt wird oder bei einer ev. Satzungsänderung unter Zustimmung sämtlicher von der wirtschaftlichen Benachteiligung Betroffener erfolgt. Auch diese Frage ist nach dem Gesetz und zwar nicht nach seinen Buchstaben, sondern aus seinem Geiste zu entscheiden.

Das Dividendenrecht des Aktionärs ergibt sich aus den §§ 213, 214, 185 HGB. § 213 gibt dem Aktionär im Allgemeinen einen Anspruch auf den Reingewinn, indem er bestimmt, daß „die" — also alle — „Aktionäre Anspruch auf den Reingewinn" haben, „soweit dieser nicht nach dem Gesetz oder dem Gesellschaftsvertrage von der Verteilung ausgeschlossen ist. Die letzte einengende Bestimmung ist vom Standpunkt des G. P. weniger von Bedeutung, da sie gegebenenfalls die Ausschüttung des Reingewinns für alle Aktionäre gleichmäßig beschränkt. Wichtiger dagegen ist die folgende Bestimmung des § 214 HGB., die uns kundtut, in welcher Weise der einmal als verteilungsfähig festgestellte Überschuß der Gesellschaft verteilt werden soll. § 214 Abs. 1 HGB. besagt: „Die Anteile am Reingewinn bestimmen sich nach dem Verhältnisse der Aktienbeträge". Auch hier zeigt das Gesetz wieder eine stark formale Tendenz, indem es grundsätzlich der Gewinnverteilung nicht den Wert, sondern die Höhe der eingezahlten Summe zu grunde legt und somit abermals wie im § 252 HGB. Wert und Nennwert der Aktien miteinander identifiziert. Daß eine solche Regelung dem Grundsatz der materiellen Gleichbehandlung der Aktionäre

entsprechen kann, dies aber häufig dann nicht der Fall ist, wenn es sich um zeitlich auseinanderfallende Emissionen handelt, braucht an dieser Stelle kaum nochmals hervorgehoben zu werden. So findet sich auch hier in der Vorschrift des § 214 Abs. 3 das eigene Korrektiv des Gesetzgebers: „Im Gesellschaftsvertrag kann eine andere Art der Gewinnverteilung vorgesehen werden."

Diese Bestimmung stellt das notwendige Zugeständnis dar, das der Gesetzgeber aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten dem in dieser Schrift vertretenen Gleichbehandlungsgedanken machen mußte. In Verbindung mit § 185 HGB. ergibt sich ohne weiteres aus dieser Vorschrift die Grenze, die dem Gesellschaftsvertrag auch bei der Gewinnverteilung gesetzt ist: die wirtschaftliche Gleichbehandlung der Aktionäre, die darin besteht, daß sich der Anteil am Gewinn nach dem Werte! der Anteilsquote der Aktionäre bestimmt.

Wenn Staub [1]) ausführt, der Gesellschaftsvertrag könne alle diese Bestimmungen ändern und demgemäß auch gewissen Aktiengattungen Vorzüge gewähren, so ist diese Äußerung unter Bezugnahme auf das G. P. dahin zu ergänzen, daß Abweichungen in der oben genannten Hinsicht stets in dem verschiedenen Werte der Einlagen ihre Berechtigung haben müssen, niemals indessen grundlos erfolgen dürfen. Denn auch hier bleibt wieder zu berücksichtigen, daß der Gesetzgeber durchaus keine Veranlassung hat, Bestimmungen in das Aktienrecht aufzunehmen, die dem Wirtschaftsleben nicht entsprechen.

Das G. P. ist auch unbewußt in der bereits genannten Bestimmung des § 213 HGB zum Ausdruck gekommen,

---

1) Staub Anm. 3 zu § 214 S. 901.

der jedem Aktionär den Anspruch auf Reingewinn erteilt und damit eine völlige Ausschließung einer Aktiengattung von der Gewinnbeteiligung für unzulässig erklärt. Freilich ist es bei einer außerordentlich ungünstigen Lage der A. G. nicht ausgeschlossen, daß der Anteil der betr. Gattung infolge des Tiefstandes des Kurswertes ihrer Anteilsrechte zu einem solchen Minimum herabsinkt, daß das Dividendenrecht mehr oder weniger auf dem Papier steht. Das ist namentlich dann der Fall, wenn das Kapital einer Gesellschaft, die dem Konkurse nahe ist, erhöht werden soll. Entsprechend dem großen Risiko, daß die der kaum noch lebensfähigen A. G. beispringenden neuen Aktionäre eingehen, wird man ihnen auch ein Gewinnanteilsrecht einräumen müssen, das infolge seiner Höhe das Gewinnbezugsrecht der übrigen Aktionäre vollkommen illusorisch macht. Das ist mit dem G. P. in dem hier entwickelten Sinne aber durchaus vereinbar.

Ist die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft derart ungünstig, daß es fraglich erscheint, ob eine den Vorzugsaktien zugebilligte Dividende herausgewirtschaftet werden kann, dann werden sich die neuen Aktionäre, des Wertes ihrer Einlage sich bewußt, nicht mit einer derartigen Zusicherung, die ev. genau wie das Dividendenrecht der alten Aktionäre teilweise auf dem Papier steht, begnügen. Die Praxis hat deshalb für derartige Fälle das dem Dividendenrecht sehr verwandte Nachbezugsrecht geschaffen.

Unter dem Nachbezugsrecht oder dem Recht auf kumulative Dividende versteht man den Anspruch auf Nachzahlung einer Dividende, die in einem oder mehreren auf einander folgenden Geschäftsjahren mangels eines verteilbaren Reingewinnes nicht oder zum Teil nicht hat ausgezahlt werden können und darum aus dem Rein-

gewinn späterer Jahre nachbezahlt werden soll. Dieses Recht, das in der Praxis ausschließlich den Vorzugsaktien anhaftet, stellt eine durch die ungünstige Wirtschaftslage der Gesellschaft hervorgerufene Sicherung der entsprechend dem höheren Werte ihrer Aktien in höherem Grade am Gewinn beteiligten Aktionäre dar. Gegen die kumulative Dividendenberechtigung ist vom Standpunkte des G. P. aus ebensowenig wie gegen die verschiedene Dividendenberechtigung einzelner Gattungen etwas einzuwenden, sofern derartige Maßnahmen nicht grundlos erfolgen, sondern in dem verschiedenen Werte der Aktien ihre Begründung finden.

Im übrigen ist an dieser Stelle zu bemerken, daß das Nachbezugsrecht nicht zweifelsfrei in den Rahmen dieser Abhandlung, die sich nur mit der Gleichbehandlung der Gesellschafter zu befassen hat, fällt. Denn während das Dividendenrecht ein Recht ist, das jeweils in einem Geschäftsjahre auf Grund der jährlichen Bilanz (§ 215 HGB.) erwächst und in dem Reingewinn dieses Geschäftsjahres seine Grenzen findet, ist das Nachbezugsrecht — wenngleich ebenfalls aus der Bilanz eines Geschäftsjahres entstanden — ein Forderungsrecht, dessen Wirksamkeit sich auf die Gewinnerzielung in späteren Jahren erstreckt. Insofern ist es also gar kein reines Dividendenrecht, sondern eine Gläubigerforderung. Es ist aber andererseits keine echte Gläubigerforderung, da es nicht vor einer Gewinnverteilung zu berücksichtigen ist, sondern seine Befriedigung erst das Vorhandensein genügenden Reingewinnes voraussetzt. Das Nachbezugsrecht bedeutet also ein bedingtbefristetes Recht des nachbezugsberechtigten Aktionärs[1]). Es

1) Vgl. R. O. H. G. Bd. 22, S. 368.

kann demnach als besonders modifiziertes Dividendenrecht aufgefaßt werden.

Bevor die Erörterung über das Dividendenrecht beendigt wird, soll noch die Bestimmung der Vorschrift des § 214 Abs. 2 Erwähnung finden:

„Sind die Einzahlungen nicht auf alle Aktien in demselben Verhältnisse geleistet, so erhalten die Aktionäre aus dem verteilbaren Gewinn vorweg einen Betrag von vier vom Hundert der geleisteten Einzahlungen; reicht der Jahresgewinn hierzu nicht aus, so bestimmt sich der Betrag nach einem entsprechend niedrigeren Satze. Einzahlungen, die im Laufe des Geschäftsjahres zu leisten waren, werden nach dem Verhältnisse der Zeit berücksichtigt, welche seit dem für die Leistung bestimmten Zeitpunkte verstrichen ist".

Diese Bestimmung will die Zweifelsfrage lösen, die über die Verteilung des Gewinnes entsteht, wenn die Einlagen nicht auf alle Aktien in dem gleichen Umfange geleistet werden. Wir haben zwar bei der Besprechung der Einlagepflicht darauf hingewiesen, daß die Einforderung auf die von den Aktionären übernommenen Anteile am Grundkapital grundsätzlich auf alle Aktien gleichmäßig erfolgen muß, und dementsprechend die Aktionäre regelmäßig die gleichen Beträge einzahlen werden. Allein es kann insbesondere bei verschiedenen Emissionen die Einzahlung auf die verschiedenen Aktiengattungen ungleich sein, und daraus ergibt sich die oben genannte Streitfrage. Der Gesetzgeber ist anscheinend von dem Gedanken ausgegangen, daß der Gesellschaft nicht nur der tatsächlich eingezahlte Betrag, sondern auch die bloß übernommene Einlage insofern dienlich ist, als diese bereits den Kredit der Gesellschaft derart hebt, daß die Gesellschaft schon hierdurch

erhebliche wirtschaftliche Vorteile hat. Dementsprechend erkennt das Gesetz auch an, daß diejenigen, die den Betrag nicht nur übernehmen, sondern auch gleich an die Gesellschaft abführen, einen Vorzug für diese Mehrleistung erhalten müssen, und billigt ihnen pro rata temporis der geleisteten Einzahlungen eine Kapitalvorzugsdividende von 4 % zu. Diese Bestimmung wird mitunter [1]) angegriffen. So erklärt Fischer den Standpunkt des Gesetzgebers, der den abstrakten Begriff der Mitgliedschaft unter allen Umständen und unter Hintansetzung der in Betracht kommenden inneren Gründe, die für das Gegenteil sprächen, angewendet wissen wolle, nicht für gerechtfertigt. Die Begründung, die Fischer für seine Ansicht gibt, ist in der Tat nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen. Er geht davon aus, daß die Tätigkeit der Mitglieder bei der A. G. als einer reinen Kapitalassoziation vollkommen ausgeschlossen ist, da die Gesellschafter lediglich Kapitaleinlagen zu leisten haben. Daraus folgert er weiter, daß der Gewinn einer Gesellschaft allein auf Grund der vollzogenen Mitgliederleistungen verdient werde und daß, damit eine Gesellschaft eine verdienende Tätigkeit ausüben könne, es nötig sei, daß die Mitglieder tatsächlich Werte aus ihrem Privat- in das Gesellschaftsvermögen überführten. Hieraus kommt er dann zu dem Ergebnis, daß nur die wirklich zahlenden Mitglieder die gewinnverursachenden Faktoren setzen und daß dementsprechend auch nur unter sie der Gewinn zu verteilen sei.

Es ist nicht leicht zu entscheiden, welche dieser beiden Methoden der Gewinnverteilung dem G. P. mehr entspricht. Hier zeigt sich wieder die schwere Bestimmbarkeit

---

1) Fischer, Aktienrecht S. 52.

des G. P., wenn man es nicht zahlenmäßig, sondern wirtschaftlich zu erfassen sucht. Es ist sehr wohl denkbar, daß in dem einen Falle die eine, in dem anderen die zweite der genannten Methoden richtiger ist. Eine Gesellschaft, die nicht das ganze investierte Kapital bereits im ersten Augenblicke ihres Daseins benötigt, wird ev. bereits durch die Möglichkeit, zu jeder Zeit von ihren Mitgliedern weitere Einzahlungen einzufordern, bei den Gläubigern den nötigen Kredit finden. Für sie ist daher die vom Gesetzgeber aufgestellte Gewinnverteilungsmethode die gegebene. Eine andere Gesellschaft, die zur Herrichtung der ausgedehnten Fabrikanlagen, die sie zu ihrem Betriebe benötigt, das Grundkapital fast restlos aufbraucht, wird entsprechend der Bedeutung, die die Einlagen der Aktionäre gerade für sie haben, die von Fischer vorgeschlagene Regelung vorziehen. Es muß also auf den einzelnen Fall abgestellt werden. Auch hier zeigt sich wieder, daß der Gesetzgeber vom Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgedankens aus gar nichts Besseres tun konnte, als im § 214 Abs. 3 HGB. dem Gesellschaftsvertrage die Wahrung des Gleichbehandlungsprinzips anzuvertrauen.

§ 16.

Das Aktienbezugsrecht.

Eine für die Durchführung des G. P. in der A. G. sehr wichtige Bestimmung findet sich in der Vorschrift des § 282 HGB., der folgendermaßen lautet:

„Jedem Aktionär muß auf sein Verlangen ein seinem Anteil an dem bisherigen Grundkapital entsprechender Teil der neuen Aktien zugeteilt werden, soweit nicht in dem Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals ein Anderes bestimmt ist".

Diese Vorschrift ist durch die Novelle von 1884 in das HGB. aufgenommen worden und setzte einem früher oft geübten, gegen das G. P. verstoßenden Brauch ein Ende. Es war nämlich vor der Zeit der Aktiennovelle von 1884 nicht selten, daß Mitglieder des Vorstandes oder Aufsichtsrates die neuen Aktien einem kleinen Kreise von Interessenten zum Zwecke der Agiotage zuwandten, da die neuen Aktien häufig zu einem niedrigeren Kurse ausgegeben werden, als wie ihn die alten Aktien behaupten. Die neuen Aktien wurden dann von den im wahren Sinne des Wortes bevorzugten, d. h. grundlos mit einem ihren Leistungen nicht entsprechenden Vorteil bedachten, Aktionären an der nächsten Börse mit einem erheblichen Aufgeld verkauft [1]). Diese Privilegierungen einiger weniger Aktionäre gingen naturgemäß auf Kosten der übrigen und stellten so stets eine Verletzung des G. P. dar. Demgegenüber bestimmt heute der § 282 Abs. 1 HGB. daß jeder Aktionär gleichmäßig seinem Aktienbesitz entsprechend zu bedenken ist. Auch hier sagt der Gesetzgeber grundsätzlich, daß das Bezugsrecht des einzelnen Aktionärs nach dem Nennbetrage und nicht nach dem Werte desselben festzusetzen ist. Da aber diese Bestimmung durch den Erhöhungsbeschluß abgeändert werden kann, bietet sich auch im gegebenen Falle die Gelegenheit, das Bezugsrecht nach dem Werte der verschiedenen Aktiengattungen festzustellen. Es besteht also stets die Möglichkeit, das Bezugsrecht mit dem G. P. in vollen Einklang zu bringen. Das wird allerdings zu Unrecht von Horrwitz [2]), der in der Gleichbehandlungsfrage stets zu extremen Ansichten hinneigt, geleugnet. Horrwitz

1) Müller-Erzbach, Handelsrecht S. 356.
2) Horrwitz, Recht der Generalversammlungen S. 424.

behauptet nämlich, die G. V. könne beliebig über das Bezugsrecht der Aktionäre entscheiden. Der Grundsatz der Gleichberechtigung aller Aktionäre sei für diesen Fall ausdrücklich aufgehoben. Die G. V. könne daher z. B. das Bezugsrecht an einen Mindestbesitz von Aktien knüpfen (R. G. 62, 62), es nur einer Gattung von Aktionären nehmen und die gesamten jungen Aktien von Dritten beziehen lassen.

Dieser Ansicht von Horrwitz kann nicht zugestimmt werden. Zwar kann das Bezugsrecht der Aktionäre durch den Erhöhungsbeschluß ausgeschlossen werden, aber entsprechend dem Grundsatze der gleichen Behandlung kann es nur entweder vollkommen beseitigt oder in voller Höhe bestehen gelassen werden. Allerdings muß der G. V. die Möglichkeit bleiben, das Bezugsrecht an einen Mindestbesitz von Aktien zu knüpfen, wenn — wie dies meistens der Fall sein wird — das hinzukommende Kapital nur einen Bruchteil von dem ursprünglichen darstellt. Dann ist das materielle G. P. jedoch nicht verletzt, wenn im Einzelfalle ein Teil der Aktionäre oder nur einige Aktionäre ihr Bezugsrecht infolge eines diese Mindestgrenze nicht erreichenden Bruchteils am alten Kapital in praxi nicht ausüben können. Denn diese Ungleichheiten ergeben sich auf Grund von Verschiedenheiten, die in der Person der einzelnen Gesellschafter begründet sind. Im übrigen aber ist mit Fischer [1]) zu sagen, daß der Erhöhungsbeschluß, der das Bezugsrecht des Aktionärs überhaupt nicht zur Entstehung gelangen läßt, dadurch die mitgliedschaftlichen Rechte des Aktionärs endgültig erledigt. „Sofern er — der

1) Vgl. Fischer, Aktienrecht S. 325; derselben herrschenden Meinung auch Lehmann-Ring. Anm. 2 zu § 282 und Anm. 2 zu § 283; Riedel Diss. S. 21.

Beschluß — daher unter Ausschluß des allgemeinen Mitgliedschaftsrechts verfügt, daß einem oder mehreren bestimmten Aktionären Aktien zuzuteilen sind, kommen die betr. Aktionäre bloß noch als Dritte in Betracht: der G. V.-Beschluß, der den Vorstand zu einer solchen Zuteilung anweist, geht dahin, dem Aktionär als Dritten, nicht als Mitglied, die neuen Aktien zuzuteilen. Daher enthält der Beschluß keine unstatthafte Bevorzugung einzelner Mitglieder."

§ 17.

Das Recht auf die Liquidationsquote.

Als letztes der Hauptrechte, die einem Aktionär zustehen, soll das Recht besprochen werden, das ihm im Falle der Liquidation der Gesellschaft einen dem Wert seiner Leistungen entsprechenden Anteil am Liquidationsvermögen verleiht.

Wir haben bereits bei der Besprechung des § 185 HGB. festgestellt, daß die Verschiedenheit der Aktiengattung auch in einer unterschiedlichen Behandlung bei der Verteilung des Gesellschaftsvermögens bestehen kann. § 300 HGB. regelt dieses in der zuvorgenannten Vorschrift nur summarisch aufgezählte Recht im besonderen. § 300 Abs. 1 lautet:

> „Das nach der Berichtigung der Schulden verbleibende Vermögen der Gesellschaft wird unter die Aktionäre verteilt."

Aus dem Wortlaut ist zunächst zu entnehmen, „daß — wie die Denkschrift S. 163 bemerkt. — ein grundsätzlicher Ausschluß eines Teiles der Aktionäre von der Berücksichtigung bei der Vermögensverteilung nicht angängig ist".

Denn „die" — also alle — Aktionäre kommen bei der Verteilung in Betracht.

Im zweiten Absatz der genannten Vorschrift heißt es:

„Die Verteilung erfolgt nach dem Verhältnisse der Aktienbeträge, sofern nicht mehrere Gattungen von Aktien mit verschiedener Berechtigung vorhanden sind."

Hier spricht der Gesetzgeber ganz deutlich aus, daß die Höhe der Nennwerte der Aktiengattungen nur dann als Verteilungsmaßstab dienen soll, wenn nicht mehrere Gattungen mit verschiedener Berechtigung vorhanden sind; d. h. also bei Zugrundelegung der Tatsachen, die zur Bildung verschiedener Aktiengattungen geführt haben: Der Gesetzgeber hält die Verteilung des Liquidationsvermögens nach den Nennbeträgen der Aktien nur dann für angebracht, wenn diese Nennbeträge in ihrer Ziffer auch gleichzeitig den inneren Wert der Aktien erkennen lassen.

Aus dem obigen Satze und dem Wortlaut der Bestimmung könnte man zunächst versucht sein zu folgern, daß eine verschiedene Verteilung des Liquidationsvermögens sich bereits aus dem bloßen Bestehen von Aktiengattungen rechtfertige, die in anderen Rechten (Dividende, Stimmrecht) verschieden gestellt sind. Allein aus dem § 185 HGB. muß geschlossen werden, daß Voraussetzung für die Wirksamkeit eines „Vorrechtes" bei der Vermögensverteilung ebenso wie beim Recht auf Reingewinn, eine besondere Bestimmung im Gesellschaftsvertrag ist. Nicht nur aus formaler Betrachtung, sondern auch unter Berücksichtigung des verschiedenen Rechtsinhalts kann aus einem besonderen Dividendenrecht noch nicht auf das Vorhandensein eines Vorrechts bei der Vermögensverteilung geschlossen werden.

Wie nämlich das RG. in einer Entscheidung[1]) hervorgehoben hat, kann bei dem Kapitalvermögen eine Wertsteigerung oder Wertminderung in Frage kommen, die unabhängig davon sein kann, ob Gewinn verteilt worden ist oder nicht; ebenso kann die Gewinnverteilung unabhängig von dem Wertverhältnis des Grundkapitals sein. Wegen dieser ganz verschiedenen wirtschaftlichen Bedeutung des Reingewinnes und des Kapitalvermögens sei es daher unrichtig zu sagen, daß beide im Zweifel gleich behandelt werden müßten. Diese Ansicht hat auch in der Literatur allgemeine Billigung gefunden[2]).

Auch vom Standpunkte des G. P. der Aktionäre wird man es rechtfertigen können, wenn eine besondere Berücksichtigung der verschiedenen Aktiengattungen nur bei einer ausdrücklichen Bestimmung des Gesellschaftsvertrages stattfindet, der bei Neuschaffung von Gattungen naturgemäß dahin abgeändert werden kann. Eine wirtschaftlich gut gestellte Gesellschaft wird bei Kapitalbedarf ihren neuen Aktionären weniger Rechte gewähren als den alten. Denn sie kann den neuen Mitgliedern eine von den alten Aktionären geschaffene gute Vermögensanlage bieten und bereits damit eine gleichwertige Gegenleistung machen. Eine schlechter gestellte Gesellschaft wird, um die Differenzen zwischen Nennwert und Kurswert der Aktien — die neuen Aktionäre zahlen ja den Nennwert, da Unterpariemission verboten ist — auszugleichen, ev. nur eine höhere Dividende oder auch ein höheres Stimmrecht den neuen Aktien einzuräumen brauchen. Eine dem Konkurse nahe Gesellschaft dagegen wird die Leistung der neuen Aktionäre nur da-

1) RG. Bd. 33 S. 16 ff.

2) Staub[8] zu § 300 Anm. 8; Lehmann-Ring Anm. 2 zu § 185 und Anm. 5 zu § 300.

durch ausgleichen können, daß sie der neuen Aktiengattung in jeder erdenklichen Beziehung ein Mehr an Rechten einräumt. Denn diejenigen, die einer dem Untergange nahen Gesellschaft neue Mittel zuführen, riskieren nicht nur ihr Geld, sondern sie beschreiten den einzigen Weg, der die Gesellschaft vor dem Ruin retten kann. Nicht nur vom Gesichtspunkt des Risikos der neuen Aktionäre, sondern auch vom Standpunkt der Gesellschaft aus, ist ihre Leistung als außerordentlich hoch zu bewerten. Sie müssen also außer einem höheren Dividenden- und Stimmrecht auch ein besseres Recht bei der Verteilung des Vermögens erhalten.

Aus dem vorhergehenden folgt, daß die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft nicht stets eine verschiedene Behandlung der Aktionäre in sämtlichen Rechten erfordert, daß daher beim Fehlen einer ausdrücklichen Bestimmung, durch die die Aktionäre auch im Recht auf die Liquidationsquote dem höheren Werte ihrer Leistung entsprechend besser gestellt sind, angenommen werden muß, daß der Mehrwert ihrer Leistungen durch Einräumung eines höheren Dividenden- und ev. auch Stimmrechts bereits ausgeglichen ist.

Eine unterschiedliche Behandlung der Aktionäre ist dem materiellen G. P. entsprechend aber auch dann gegeben, wenn die Einzahlungen nicht auf alle Aktien in demselben Verhältnisse geleistet sind. Daß in einem solchen Falle zunächst die geleisteten Einzahlungen aus dem Liquidationsvermögen zurückzustellen sind, bedarf vom Standpunkte des G. P. aus betrachtet, genau so wenig der Begründung, wie die Ausgleichungspflicht, die die Aktionäre trifft, die auf die von ihnen übernommenen Aktien nur einen geringen Betrag eingezahlt haben. „Reicht" nämlich — so bestimmt § 300 Abs. 3 S. 2 HGB. — „das vorhan-

dene Vermögen zur Erstattung der Einzahlungen nicht aus, so haben die Aktionäre den Verlust nach dem Verhältnisse der Aktienbeträge zu tragen". Die Bevorrechtigung einzelner Gattungen von Aktien bei der Vermögensverteilung ist im § 300 Abs. 2 HGB. nur für den normalen Fall, daß die Aktienbeträge voll eingezahlt sind, besonders erwähnt. Sie bleibt natürlich auch im Falle der ungleichmäßigen Einzahlung auf die Aktien in Geltung. Die zitierte Bestimmung, die der Gesetzgeber im § 300 Abs. 3 getroffen hat, stellt also auch nur eine subsidiäre Vorschrift dar. Auch im § 300 HGB. ist also der Gesellschaft stets die Möglichkeit gegeben, den Umfang des Rechtes auf die Liquidationsquote nach dem Werte der Aktien zu bestimmen. Die Regelung des Gesetzgebers, der hier, wie in den bereits behandelten Gesetzesvorschriften den Nennbetrag der Aktien für maßgebend erklärt, ist deshalb nicht als eine Absage an das Prinzip der materiellen Gleichbehandlung zu betrachten. Ihr liegt vielmehr die richtige Anschauung zugrunde, daß, falls es die Aktionäre nicht für nötig erachtet haben, den verschiedenen Aktiengattungen verschiedene Rechte beizulegen, angenommen werden muß, daß eine Festsetzung des Umfanges der Rechte nach den Nennbeträgen der Aktien der wirtschaftlichen Gleichbehandlung der Aktionäre am ehesten entspricht.

§ 18.

Das Sanierungsproblem.

Die Betrachtungen über das Verhältnis des Aktienrechts zum Grundsatz der Gleichberechtigung sollen nicht beendet werden, ohne einige Worte über die Sanierung der Aktiengesellschaften zu sagen.

Unter dem wirtschaftlichen Begriff der Sanierung

werden alle die Maßnahmen zusammengefaßt, die angewendet werden, um eine notleidende A. G. wieder ertragsfähig zu machen[1]). Dieses Ziel läßt sich auf mancherlei Weise erreichen, und demnach müßte man die Anwendung aller dieser Maßnahmen als Sanierung bezeichnen. Wenn sich jedoch Unternehmungsformen auf Substraten aufbauen, die neben den wirtschaftlichen Kräften, die in dem sich auf ihnen aufbauenden Gebilde gebunden sind, noch freie Mittel zu ihrer Verfügung haben, hat das Wort nach dem Sprachgebrauch des Lebens noch einen engeren Sinn. Es bedeutet dann ein Gesundmachen der Unternehmung durch Hilfe der Substrate, der Mitglieder, die in ihrer Gesamtheit erst jene Unternehmungsform bilden. Da im gegebenen Falle das G. P. der Gesellschafter in Frage steht, interessiert hier nur dieser engere Begriff der Sanierung, der seinerseits wieder in zwei Unterarten zerfällt, je nach den Mängeln, an denen eine A. G. leidet. Diese Mängel, mit denen eine A. G. behaftet sein kann, bestehen in der Unterbilanz und in dem Bedürfnis nach Vermehrung der Betriebsmittel. Häufig leidet ein und dieselbe Gesellschaft auch an beiden Krankheiten. Das führt dann zu einer dritten Sanierungsart, die ihrem Zweck entsprechend eine Kombination von den Sanierungsmaßregeln bildet, die bereits genannt sind.

Da die A. G. zu den Unternehmerformen gehört, bei denen ohne Rücksicht auf den gegenwärtigen Stand des Gesellschaftsvermögens das Grundkapital auf der Passivseite der Bilanz stehen muß (§ 261 Z. 5 HGB.) und da ein gem. § 215 HGB. zu verteilender Reingewinn erst dann vorhanden ist, wenn die Aktiven die Passiven übersteigen,

1) Staub 10 S. 1199 § 290 Anm. 13.

so kann es sehr leicht zu einer (formellen) Unterbilanz kommen. Ist die Unterbilanz groß, so wird die Gesellschaft, auch wenn sich die Wirtschaftslage, die erstere verursacht hat, wieder gehoben hat, in den nächsten Jahren keine Dividende verteilen dürfen, da erst die Summe der Aktiven der der Passiven wieder gleichkommen muß. Für diese Krankheit der A. G. gibt es zwei Sanierungsmaßnahmen, die (gleichmäßige) Kapitalsherabsetzung nach § 288 HGB. und die Einziehung (Amortisation) von Aktien nach § 227 HGB. Ihrem Wesen nach sind diese beiden Heilungsmethoden grundverschieden, auch wenn sie die gleiche Wirkung haben. Bei der Kapitalsherabsetzung wird der notleidenden A. G. geholfen, ohne daß die Aktionäre in ihren Rechten beeinträchtigt werden, denn der verhältnismäßige Anteil am Gesellschaftsvermögen bleibt derselbe. Das läßt sich, wenn die Verminderung des Aktienbetrages durchgeführt wird, gar nicht bezweifeln, ist aber auch anzunehmen bei einer Zusammenlegung, die meistens nur deshalb erfolgt, weil unter die in § 180 HGB. festgesetzte Mindestgrenze des 1000 M.-Nennbetrages nicht hinabgegangen werden kann[1]). Aus diesem Grunde werden mehrere vorher selbständige Aktienrechte in einer Urkunde verschmolzen, nicht aber wird ein Teil der Aktienrechte ganz vernichtet, während der Rest unverändert bestehen bleibt. Es ist deshalb vom Standpunkte der Gleichbehandlung der Aktionäre gegen eine derartige Zusammenlegung von

1) Neuerdings ist man auch in Deutschland wahrscheinlich nur vorübergehend zu dem Kleinaktiensystem übergegangen. Ob diese vorläufige Regelung sich bewährt, wird erst die Zukunft lehren. In dieser Abhandlung sind deshalb die Kleinaktien noch nicht berücksichtigt.

Aktien (§ 290) nichts einzuwenden. Sie trifft vielmehr alle Aktien unter der gleichen Voraussetzung [1]).

Im krassen Gegensatz zu dieser gleichmäßigen Kapitalsherabsetzung steht die Aktienamortisation (§ 227 HGB.). Hier vernichtet die A. G. einen Teil der Mitgliederstellen (Aktien), sie enteignet einen Teil ihrer Mitglieder unter Vernichtung der Mitgliedschaftsrechte, die den Gegenstand der Enteignung bilden. Da diese Art von Herabsetzung nur einen Teil der Aktionäre und nicht alle gleichmäßig trifft, so stellt sie stets einen Verstoß gegen das G. P. dar. Der Gesetzgeber trägt dem Rechnung, indem er im § 227 HGB. vorschreibt, daß eine derartige die Aktionäre nicht nur rechtlich, sondern auch wirtschaftlich ungleich behandelnde Sanierungsmethode im Gesellschaftsvertrag angeordnet werden muß, bevor die fragliche Aktiengattung zur Entstehung gelangt (vgl. Näheres im § 227 HGB.). Damit zeigt der Gesetzgeber, daß vom G. P. nur abgewichen werden kann, wenn die ungleich Betroffenen vorher ihre Zustimmung erteilen [2]). Stellt diese Vorschrift somit einerseits ein Abweichen von dem G. P. dar, so beweist sie anderseits wieder das Bestehen des Grundsatzes, indem sie keine willkürlichen Verstöße zuläßt, sondern stets die Zustimmung der Gesellschafter erfordert. Es braucht wohl kaum hervorgehoben zu werden, daß nur die zwangsweise Amortisation im Gesellschaftsvertrage vorgesehen sein muß. Die freiwillige Amortisation bedarf vom Standpunkte des G. P. aus keiner weiteren Erwähnung, da

1) a. A. Leist, Sanierung S. 31.

2) Als Zustimmung muß es auch gewertet werden, wenn die Aktionäre Aktien übernehmen oder erwerben, die kraft Gesellschaftsvertrages mit dem Todeskeime der späteren Amortisation behaftet sind. Vgl. Müller-Erzbach, Handelsrecht I a. a. O.

sich ihr der Aktionär nur kraft eigenen Willens unterwirft.

Fehlt der A. G. Betriebskapital, dann kann eine Kapitalsherabsetzung nicht zum Ziele führen, da sie keine neuen Geldmittel beschafft, sondern nur eine bilanztechnische Sanierungsmaßnahme darstellt. Bevor die A. G. sich an Dritte wendet, um das mangelnde Kapital zu erhalten, wird sie aus hier nicht näher zu erörternden Gründen versuchen, die Aktionäre zur Aufbringung der fehlenden Beträge zu veranlassen. Das ist nicht ganz einfach, da § 211 HGB. die Verpflichtung des Aktionärs zur Leistung von Kapitaleinlagen auf den Nennbetrag der Aktie begrenzt. Eine Nachschußpflicht ist der A. G. unbekannt. Ein rechtlicher Zwang darf auf die Aktionäre nicht angewendet werden, und freiwillig entschließen sie sich auch nicht, der A. G. die nötigen Mittel zur Verfügung zu stellen. Zwei Wege sind es nun, die die Gesellschaften einschlagen, um ihre Mitglieder indirekt zu Nachschüssen zu veranlassen; entweder stellen sie dem neue Aufwendungen machenden Aktionär Vorteile (Dividende, Liquidationsquote, Stimmrecht) in Aussicht, die ihrer Art nach zum mindesten teilweise notwendig auf Kosten der übrigen Aktionäre gehen; oder sie verheißen den opferwilligen Aktionären, sie mit Vermögensnachteilen zu verschonen, die die übrigen Aktionäre treffen sollen, was nach der Art der Nachteile den ersten wieder zum Vermögensvorteile gereicht. Im Grunde ist beides dasselbe. Es handelt sich in beiden Fällen um eine gegenüber dem früheren Zustand unterschiedliche Verteilung der Aktionärrechte zwischen denen, die neue Opfer bringen, und denen, die dies nicht tun.

Unter den Vorteilen, die den Zuzahlenden gewährt

werden, sind besonders die Vorzugsaktie und der Genußschein zu nennen. Der Genußschein scheidet aus dem Rahmen dieser Abhandlung aus, da er nach allgemein herrschender Ansicht nicht Rechte der Mitglieder als solcher, sondern Drittrechte verbrieft, hier aber nur die Rechte der Gesellschafter zur Debatte stehen. Die Vorzugsaktie ist bereits bei der Besprechung der Hauptrechte der Aktionäre auf das G. P. hin untersucht worden. Dabei wurde festgestellt, daß sie mit dem aus dem Wirtschaftsleben entwickelten Gleichbehandlungsgedanken durchaus vereinbar ist, wenn sie nur allen Aktionären zugänglich ist, und die Rechte der nicht opferbereiten Aktionäre nicht stärker beeinträchtigt werden, als dies dem Wertverhältnisse der verschiedenen Aktiengattungen entspricht. Werden diese beiden Voraussetzungen bei der Schaffung der Vorzugsaktien erfüllt, so ist ein Verstoß gegen das G. P. ausgeschlossen, gleichgültig auf welche Art und Weise die neue Gattung ins Leben tritt.

Haben wir in der Vorzugsaktie und dem Genußschein die Vorteile kennen gelernt, die die geldbedürftige A. G. in Aussicht stellt, um die Aktionäre zur Hergabe weiterer Beträge zu veranlassen, so sind nunmehr die Nachteile zu besprechen, deren Androhung denselben Zweck zu erreichen sucht.

Diese bestehen in der Hauptsache in der stärkeren Herabsetzung des Teiles des Grundkapitals, auf den bestimmte neu ausgegebene, nicht bevorrechtigte Aktien nicht übernommen werden oder eine bestimmte Zuzahlung nicht geleistet wird. Damit sind wir bei derjenigen Sanierungsmethode angelangt, die zu Beginn des 20. Jahrhunderts zunächst unbestritten in Übung war und von den Registerrichtern unbeanstandet eingetragen wurde, bis plötzlich

zwei widersprechende Entscheidungen der Oberlandesgerichte ergingen, die in den juristischen Zeitschriften ein lebhaftes Echo hervorgerufen haben. Die beiden Entscheidungen sind diametral entgegengesetzt, obwohl sie beide die Kernfrage behandeln, ob eine A. G. zu ihrer Sanierung berechtigt ist, eine Herabsetzung des Grundkapitals zu beschließen und gleichzeitig den Aktionären das Recht einzuräumen, auf ihre Aktien eine Zuzahlung zu leisten, wodurch diese Aktien erstens der Zusammenlegung überhaupt oder gar einer schärferen Zusammenlegung entgehen und zweitens zu sog. Vorrechtsaktien erhoben werden.

Das K. G.[1]) hat einen derartigen G.-V.-Beschluß für unzulässig erklärt, weil darin eine ungleiche Behandlung der Aktionäre liege. Die beiden Möglichkeiten der Zuzahlung oder Zusammenlegung seien nicht gleichwertig[2]), so daß ein unerlaubter Zwang insoweit ausgeübt werde, als der Aktionär,der nicht in der Lage sei zuzuzahlen, den Nachteil der Aktienzusammenlegung hinnehmen müsse und demnach schlechter gestellt sei, als der reiche Aktionär.

Das O. L. G. Hamm[3]) hat sich in einem ähnlichen Falle auf den entgegengesetzten Standpunkt gestellt und den ganzen Beschluß für zulässig erklärt unter dem Hinweis, daß die Gleichberechtigung der Aktionäre dadurch gewahrt bleibe, daß jedem ein gleiches Recht auf Erlangung der Vorrechte zustehe. Der Unterschied dieser beiden Entscheidungen liegt also darin, daß das O. L. G. in dem jeden Aktionär gewährten Wahlrechte die gesetzlich notwendige Gleichstellung der Aktionäre sieht, während das K. G. dies verneint.

---

1) V. Ziv. S. v. 25. I. 1902 bei Holdheim 1902 S. 75.
2) Der gleichen Ansicht Laband in D. J. Z. 1902 S. 230.
3) VI. Ziv. S. v. 26. II. 1902 bei Holdheim 1902 S. 210.

Das R. G. [1]) hat darauf hin das Erkenntnis des O. L. G. Hamm aufgehoben und sich für die Unzulässigkeit des in Frage stehenden Beschlusses ausgesprochen. Zwar hat es die Gültigkeit von verbundenen Beschlüssen bestätigt und die Zulässigkeit der Gewährung von Vorteilen gegen Zuzahlung durch Mehrheitsbeschluß betont. Aber die Androhung der stärkeren Zusammenlegung der nicht zuzahlenden Aktien gegenüber den zuzahlenden hat es als der Gleichberechtigung der Aktionäre widersprechend verworfen. In einer späteren Entscheidung [2]) hat es seinen früheren Standpunkt aufrecht erhalten und abermals erklärt, es liege eine Verletzung des G. P. vor, wenn die Aktien der nicht zuzahlenden Aktionäre in stärkerem Maße zusammengelegt würden, als es der Rücksicht auf den Betrag der unterbliebenen Zuzahlung rechnungsmäßig entsprechen würde. Das Opfer der die Zuzahlung verweigernden Aktionäre dürfe nicht größer sein als das Opfer, daß die andern in Gestalt der Barzahlung brächten.

Dem Standpunkte des O. L. G. ist, um das vorwegzunehmen, wohl in der Entscheidung, nicht aber in der Begründung zuzustimmen. Denn, wie bereits bemerkt, stellt die allen Aktionären zu gewährende rechtliche Möglichkeit der Zuzahlung nur eine der beiden Voraussetzungen dar, die erfüllt sein müssen, wenn das G. P. gewahrt sein soll. Die Angemessenheit der einzuräumenden Vorrechte, die dem Wertverhältnis der Leistungen der Aktionäre entsprechen müssen, läßt das O. L. G. anscheinend außer Acht.

---

1) R. G. 52, 287.

2) R. G. 80, 85, und in J. W. 1912 S. 1108.

Ist diese zweite Voraussetzung erfüllt, dann entfällt auch der Grund, den das K. G. seiner ablehnenden Entscheidung unterlegt. Wenn die Höhe der den Vorzugsaktien eingeräumten Rechte auch nur annähernd dem Wertverhältnis der verschiedenen Aktiengattungen entspricht, so sind die beiden Möglichkeiten, wie Heinemann [1]) als Gegenspieler von Laband [2]) und Staub [3]) zur Genüge nachgewiesen hat, durchaus nicht ungleichwertig, und der nicht zuzahlende Aktionär wird nicht unter Verletzung der G. P. schlechter gestellt als der Zuzahlende.

Die Entscheidungen des R. G. sind als zu formal und nicht lebensecht zu verwerfen. Man wird das G. P. niemals klären können, wenn man, wie dies das R. G. in den angeführten Entscheidungen tut, nicht von dem wahren Wert, sondern von dem Nennbetrag der Aktie ausgeht, der sobald die A. G. ins Leben getreten ist, nur noch eine historische Reminiscenz darstellt. Das R. G. berücksichtigt gar nicht den Umstand, daß die Aktionäre, die zuzahlen, der A. G. den einzigen Weg ermöglichen, wieder auf einen grünen Zweig zu kommen, während die nicht opferbereiten Aktionäre dem Untergang der A. G. und damit der völligen Entwertung ihrer Aktien tatenlos zusehen.

„Soll denn", — so muß man unter Berücksichtigung des wahren Wertes der Leistung der zuzahlenden Aktionäre mit Müller-Erzbach [4]) fragen — „die Opferwilligkeit jener Aktionäre, die durch ihre Zuzahlungen das Unternehmen

---

1) Heinemann S. 52 ff.

2) Laband D. J. Z. 1902 S. 229 ff.

3) Staub 6—7. Aufl. § 185 Anm. 2.

4) Müller-Erzbach, Handelsrecht I S. 346, 347 und Z. H. R. S. 389 ff.

über Wasser halten und jenen drohenden Wertverlust abwenden helfen, auch denen zugute kommen, die ihr gutes Geld für sich behalten und nichts tun, um das gemeinschaftliche Unternehmen vor dem Zusammenbruch zu bewahren? Heißt es diese Vorsichtigen nicht nur mit eigenem Maßstab messen, wenn man ihren Aktien bloß den Liquidationswert zuerkennt, d. h. den Wert, den das Unternehmen im Fall der Auflösung haben würde? Haben sie Grund zur Beschwerde, wenn ihre Aktien diesem Wertansatze entsprechend zusammengelegt werden, während den opferwilligen Aktionären der volle Betriebswert zuerkannt wird?"

Die Sanierungsarten sind hier nur oberflächlich und nicht erschöpfend behandelt worden. Bei einer restlosen Ausschöpfung des Sanierungsproblems wäre noch manches über die verschiedenen Methoden der Sanierung z. B. die übermäßige Kapitalsherabsetzung und ihr Verhältnis zum G. P., sowie über die rein rechtlichen Voraussetzungen, denen die Sanierungsarten unterliegen, zu sagen. Wir müssen uns indessen mit dem Erwähnten begnügen. Das eine soll jedoch am Schlusse der Betrachtungen über das Sanierungsproblem nochmals hervorgehoben werden, daß man bei der Prüfung der Frage, ob daß G. P. gewahrt ist oder nicht, niemals eine Entscheidung wird fällen können, ohne den Wert der einzelnen Aktien zu ermitteln, um ihn mit dem Wert, den die Barzuzahlung darstellt, in Vergleich setzen zu können. Für die Vorteile, die an die Zuzahlungen, sei es durch Einräumung von Vorrechten oder sei es durch schärfere Zusammenlegung der nicht zuzahlenden Aktionäre geknüpft werden dürfen, ist entscheidend der Wert und die Chancen des vorhandenen Unternehmens. „Nur wenn dies mitberücksichtigt wird, kann man zu Ergebnissen kommen, die den Bedürfnissen der Praxis ent-

sprechen, ohne jedoch den Boden des geltenden Rechts zu verlassen[1])." Auch bei den Sanierungen ist der Wert der alten Aktien mit dem der Zuzahlungen ins Verhältnis zu setzen. Ein dem G. P. widersprechender unstatthafter Zwang wird nur dann als vorliegend zu erachten sein, wenn vernünftige wirtschaftliche Erwägung dem Aktionär sagt: Du mußt zuzahlen, wenn du dich nicht sicherer Benachteiligung aussetzen willst[2]).

§ 19.

Die Aktiengesellschaft de lege ferenda und das Gleichbehandlungsprinzip.

Nachdem das bestehende Recht der Aktiengesellschaft mit Bezug auf das G. P. einer näheren Untersuchung unterzogen ist, kann im Ergebnis zusammenfassend bemerkt

---

1) Vgl. Dalberg in J. W. 1913. — Von den Sanierungsschriftstellern, die das G. P. erläutern, aber infolge der summarischen Betrachtung nicht ausdrücklich Erwähnung gefunden haben, ist noch besonders zu erwähnen. Fischer, Sanierungsproblem. Dieser kommt zu dem Ergebnis, daß alle Sanierungsbeschlüsse, die gegen den Satz: „enteignen, aber nicht aneignen" verstoßen, als Verletzungen des G. P. ungültig sind. Da damit fast alle Sanierungsarten ausgeschlossen werden, hat der Verfasser seine Ansicht in seinem Aktienrecht dahin abgeändert, daß „alle Methoden der ungleichmäßigen! Rechtsentziehung" erlaubt sind, da sie ihre Rechtfertigung im Zweck der A. G. finden, der über dem G. P. steht. S. 355 ff. Der Standpunkt von Leist deckt sich im großen und ganzen mit dem des R. G., neigt aber der hier vertretenen Ansicht schon stark zu. Zadek (Diss. über die Sanierung von A. G.) faßt das G. P. streng formalistisch. Er will das G. P. nur nach den Nennbeträgen der Aktien feststellen (S. 106). Nach ihm darf das G. P. nur nach rechtlichen Gesichtspunkten beurteilt werden. Das Hineintragen wirtschaftlicher Gesichtspunkte hält er für unstatthaft (S. 110). Die übrige Sanierungsliteratur besteht aus kleineren Aufsätzen; über sie vgl. Staub 10 Anm. 14 zu § 290.

2) Vgl. Dalberg in J. W. 1913 a. a. O.

werden, daß nur bei dem Stimmrecht in der Zulassung von Abstufungen, sowie in der Möglichkeit der Festsetzung eines Maximalstimmrechts Ausnahmen vom G. P. zu erblicken sind. Eine weitere schwerwiegende Verletzung des Gleichbehandlungsgedankens hat die Praxis in der ebenfalls bereits besprochenen Stimmrechtsaktie geschaffen.

Unwillkürlich drängt sich bei der Feststellung dieser wenigen, aber schwerwiegenden Ausnahmen, die das G. P. im Aktienrecht erfahren hat, die Frage nach ihrer Ursache auf. Was konnte den Gesetzgeber dazu bewegen, von dem im übrigen stets zu Recht bestehenden, elementaren Grundsatz der materiellen Gleichbehandlung abzuweichen? Wie kam er auf den Gedanken, die Rechte der Aktionäre unter Umständen nicht nach ihren Leistungen festzusetzen? Wie ist es möglich, daß eine Erscheinung wie die Stimmrechtsaktie zur beherrschenden gemacht wird, obwohl sie dem vom Gesetze zum obersten Grundsatz erhobenen G. P. direkt zuwiderläuft?

Die Ursachen, die eine Abweichung vom Gleichbehandlungsgedanken notwendig machten, sind in der Tatsache zu suchen, daß der Gesetzgeber bei der juristischen Struktur der A. G. von einer Idee ausging, die sich in ihrem vollen Umfange nicht in das Leben hat übersetzen lassen. Die erste A. G., die die Niederländer im 17. Jahrhundert ins Leben riefen, entsprang dem originellen Versuche, ein Erwerbsunternehmen ausschließlich aus Geldbeträgen zu bilden, das Geld selbst zum Unternehmer zu machen. Die ersten Gesellschaften zeigen im Gegensatz zu den heutigen A. G.en noch eine völlige Trennung der Verwaltung und der Aktionäre. Die Verwaltung liegt zunächst vollkommen in den Händen des Staates. Erst allmählich erlangen neben den von

der Regierung aus den vornehmsten Würdenträgern des Staates ernannten Bewindhebbern die Hauptpartizipianten ein Mitaufsichtsrecht über die Geschäftsführung und eine Teilnahme an der Verwaltung. Zu einer völligen Herrschaft des Kapitals über die Verwaltung der A. G. kommt es erst im 18. Jahrhundert in den französischen A. G.en, die auch den gewöhnlichen Aktionären einen Anteil an der Verwaltung einräumen und den Einfluß des Staates auf die Verwaltung immer mehr einschränken. Ihren Abschluß findet diese Entwicklung in den Aktiengesellschaften der heutigen Zeit, die den Einfluß des Staates auf die Verwaltung vollkommen ausschalten und auch dem kleinsten Aktionär kraft zwingender Vorschrift Sitz und Stimme in der über die Verwaltung bestimmenden G. V. einräumen, Damit war die vollkommene Ausschaltung der Unternehmerpersönlichkeit kraft Gesetzes vollzogen. Die Absicht des Gesetzgebers, das Geld allein zum Unternehmer zu machen, war auf dem Papiere erreicht. Gleichzeitig war der Kampf zwischen den in einer jeden Gesellschaftsform um die Vormacht ringenden Faktoren, dem Kapital und der Arbeit, zugunsten des Kapitals restlos entschieden. Die Arbeit und mit ihr die Persönlichkeit spielt in der A. G. des Gesetzes nicht die geringste Rolle. „Nirgends tritt in diesem Maße die Person mit ihren Eigenschaften, ihren Kenntnissen, ihrer Leistungsfähigkeit und ihrem Verstande so sehr zurück gegenüber der Einlage an Vermögenswerten, nirgends ist der Einfluß und die Bedeutung des toten Kapitals gegenüber der lebenden Persönlichkeit mit Bezug auf die Handhabung der Verwaltung so groß als hier“ [1]).

Das völlige Versagen des Kapitals auf dem Gebiete der A. G. ist zu bekannt, als daß es hier besonders hervor-

1) Lehmann, Recht der Aktiengesellschaften I. § 1 S. 1.

gehoben zu werden brauchte. Die Generalversammlungen sind trotz der Wichtigkeit, die ihnen zukommt, verödet. Der Aktionär macht keinen Gebrauch von den Verwaltungsrechten, die ihm eingeräumt sind. Er überläßt die Geschäftsführung dem Vorstand, der nach dem Gesetze von ihm abhängig sein soll. Kurzum die Praxis verhält sich zum Gesetz gerade umgekehrt als dies beabsichtigt war. Gedacht war das vereinigte Kapital als Herr, die Verwaltung (Vorstand) als Diener[1]). Tatsächlich reißt die Verwaltung alle Macht an sich und beherrscht die das vereinigte Kapital umfassende G. V. in den meisten Gesellschaften fast restlos.

So hat das Leben, wie in so vielen Fällen, das Recht korrigiert. Von den beiden die Gesellschaft bildenden Elementen hat sich die Persönlichkeiten erfordernde Arbeit insofern wieder als der hochwertigere Faktor erwiesen, als sie sich trotz der Absicht des Gesetzgebers nicht ganz aus der A. G. herausdrängen lassen hat. „Die Idee einer Demokratie des Kapitals in der A. G., wie sie der code de commerce formulierte und die Novelle von 1884 ausbaute, ist innerlich überwunden[2]). Sie ist heute nur noch im Juristisch-Formalen erhalten geblieben und widerspricht den wirklichen Zuständen. In ihr liegt eine völlige Verkennung der heute in der A. G. wirksamen Mächte. Von den soziologischen Grundlagen ist ja das tote Kapital bei weitem nicht die bedeutsamste. Das könnte nur in einem Wirtschaftskörper der Fall sein, in dem die Beharrung, aber nicht der Fortschritt regiert; hier würde der Verwaltung nichts anderes zugemutet als die Betreuung des ihr anvertrauten Vermögens. Im Gegenteil

1) Vgl. Klein A. G. 1904.
2) Vgl. Planitz, Stimmrechtsaktie a. a. O.

sucht aber heute die Verwaltung der A. G. fremdes Vermögen nicht, um es wie Mündelgut zu verwalten, sondern um mit ihm im Wirtschaftskampfe neue Werte zu schaffen. Gewiß ist das Kapital hierbei unentbehrlich, es gibt dem wirtschaftlichen Streben erst das notwendige Fundament. Aber es ist doch sekundär, nur Mittel zum Zweck; an erster Stelle steht der Mensch, der durch seine Leistung dem Kapital die Kräfte abringt, um mit ihnen wirtschaftliche Erfolge zu erzielen. Die Persönlichkeit wird sich trotz der Absicht des Gesetzgebers, sie aus der A. G. zu bannen, stets auch in dieser kapitalistischen Gesellschaftsform zu behaupten wissen. Sie tritt in dem Machtstreben der Verwaltungsgruppen in den letzten Jahrzehnten klar zutage.

Unter diesem Gesichtspunkt betrachtet, gewinnen auch die beiden Ausnahmen, die der Gleichbehandlungsgedanke in den Stimmrechtsbeschränkungen und der Stimmrechtsaktie zu verzeichnen hat, ein anderes Aussehen. Die Stimmrechtsbeschränkungen, das Maximalstimmrecht und das Stufenstimmrecht, haben das Bestreben, einer plutokratischen Verwaltung durch die G. V. vorzubeugen. Sie schwächen also die Macht des Kapitals zugunsten der der Verwaltung. Vom Standpunkte des Gesetzgebers, der nur dem Kapital die Herrschaft zubilligt, bedeuten sie einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgedanken. Berücksichtigt man aber, daß neben dem Kapital auch die Personen, die der Verwaltung der A. G. angehören und häufig ihre ganze Kraft dem Unternehmen widmen, die Bedingungen zu den Gewinnen setzen, die die Gesellschaft erzielt, so muß man ihnen gerade vom Standpunkt des Gleichbehandlungsgedankens aus auch neben den Aktionären gewisse Rechte zubilligen. Nur so ist es auch zu erklären, daß die Stimmrechtsaktie Fuß fassen konnte, die, wenn sie auch zum Teil wirklich der Abwendung der

Überfremdungsgefahr dienen sollte, andererseits doch als Einfallspforte des Unternehmertums den Verwaltungskreisen, die langersehnte Möglichkeit bot, „das Schwergewicht der Herrschaft in der A. G., das einseitig bei dem Pol „Geld" ruhte, nach dem Pol „Unternehmertum" zu verschieben[1]).

Letzten Endes beweisen also die in dem Aktienrecht nachgewiesenen Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgedanken nicht die Unhaltbarkeit des Prinzipes, sondern sie sind zurückzuführen auf die falsche juristische Struktur der A. G., die sich nicht im praktischen Leben verwirklichen ließ. Der Gesetzgeber wurde durch den Typ der Stimmrechtsaktie, die nicht nur einen Durchbruch des G. P. im Aktienrecht, sondern vor allem einen Durchbruch des Prinzipes der reinen Kapitalgesellschaft darstellt, wieder einmal durch das Leben korrigiert. „Mit der Stimmrechtsaktie ist ein neuer Aktientyp geschaffen, der sich in Form der kapitallosen Aktie in vollem Gegensatz zur alten Form der Kapitalaktie stellt: Befreiung von der reinen Kapitalherrschaft, Herrschaft der Verwaltung auch gegen das Stammkapital, auch ohne Aufwendung von Kapital ist das Ziel".

Die Stimmrechtsaktie bedeutet einen Aktientyp, dem in Zukunft eine große Rolle beschieden sein kann, denn er gibt die Möglichkeit von der innerlich überwundenen und nur noch im Gesetze fundierten kapitalistisch-demokratischen Idee im Verfassungsbau der A. G. abzugehen.

Wenn wir also bei der Erörterung der Stimmrechtsbeschränkungen, die § 252 HGB. zuläßt, und der Stimmrechtsaktie, die der Verkehr geschaffen hat, ohne sich um den Geist des Akiengesetzes zu kümmern, festgestellt haben, daß ein Verstoß gegen das G. P. vorliegt, so müssen wir jetzt unsere Ansicht folgendermaßen korrigieren:

1) Vgl. Frank-Fahle, Stimmrechtsaktie S. 11.

Die Stimmrechtsbeschränkungen und die Stimmrechtsaktie verstoßen wohl gegen den Geist des bestehenden Aktienrechts, das den Erfordernissen des täglichen Lebens nicht gerecht wird. Sie verstoßen aber nicht gegen das Gleichbehandlungsprinzip als solches; denn sie stellen nur die notwendige Beteiligung der Verwaltungskreise des Unternehmertums an einer Gesellschaftsform dar, die der Wirklichkeit zuwider vom Gesetzgeber bisher ignoriert worden sind.

Neuerdings scheint sich ein Kampf gegen die Stimmrechtsaktie vorzubereiten. Es läßt sich deshalb noch nicht sagen, ob sich die Stimmrechtsaktie in den Formen, in denen sie heute aufzutreten pflegt, behaupten können wird. Das eine aber ist sicher, daß sie dem Gesetzgeber die Augen darüber geöffnet hat, daß nicht nur das Kapital, sondern auch die Unternehmer — ev. auch die Arbeiter und sonstigen Angestellten der Gesellschaft — die Bedingungen zu den wirtschaftlichen Erfolgen der Gesellschaft setzen. Daß die dahingehende Entwicklung der A. G. durchaus nicht verkannt wird, zeigen die Schriften von Geiler[1]), Planitz[2]) und Frank-Fahle[3]) sowie fast alle Abhandlungen, die sich mit der neueren Entwicklung der A. G. beschäftigen[4]). Ein Teil dieser Schriftsteller macht sogar schon den Versuch, das Verhältnis der Arbeit zum Kapital durch kapitallose Aktien und Kapitalsaktien gegeneinander abzuwägen. Wir wollen ihnen einstweilen in diese Einzelheiten noch nicht

---

1) S. 50 ff, 102 ff.

2) S. 1 ff.

3) S. 134 ff.

4) S. 8, 11, 34, 56 (Klein, Verfassung u. Recht der A. G.) Vgl. Rathenau in seiner Schrift „Vom Aktienwesen".

folgen. Dem Wirtschaftsleben muß es überlassen bleiben, diese bisher nur in schwachen Umrissen sichtbaren neuen Entwicklungsformen in der A. G. zu festen Konturen zu verdichten. Das Recht soll sich den Gebilden, die der Verkehr erzeugt, anpassen, aber ihnen nicht vorgreifen. Soviel aber glauben wir nach dem Gesagten feststellen zu können: Wie der Verkehr stets die Formen, deren er sich bedient, wandelt, so muß auch das Rechtsleben sich dem steten Wandel der Organisationsformen anpassen. Die Entwicklung der A. G. hat gezeigt, daß eine einseitig auf Kapital gestellte Gesellschaft nicht existieren kann. Das Unternehmertum hat sich nicht verdrängen lassen. Die vermeintlichen Ausnahmen vom G. P. sind im richtigen Sinne keine Verstöße gegen den Gleichbehandlungsgedanken als solchen, sondern gegen das G. P. wie es der Gesetzgeber dem Wirtschaftsleben zuwider hat konstruieren wollen. Sie zeigen den Weg, den der Gesetzgeber beschreiten muß, um durch einen anderen Verfassungsbau der A. G. zu einer anderen richtigeren Auffassung der Gleichbehandlung im Aktienrecht zu gelangen.

Schlußbetrachtungen.

§ 20.

Das Gleichbehandlungsprinzip in den übrigen Gesellschaften des Handelsrechts.

Wir sind am Ende. Als Ergebnis darf wohl ohne Übertreibung angenommen werden, daß der Grundsatz der Gleichbehandlung in der o. H. G. und der A. G. herrscht.

Damit ist, wie bereits zu Beginn der Abhandlung festgestellt wurde, das Prinzip eigentlich schon in sämt-

lichen Gesellschaften nachgewiesen. Das Bestehen des Prinzipes in sämtlichen Gesellschaften ist von mehreren Schriftstellern, so namentlich von Müller-Erzbach [1]) und Rieß [2]) ausgesprochen worden. In der Tat hält es nicht schwer, das G. P. auch in den übrigen Gesellschaften des Handelsrechts einschl. der Genossenschaft nachzuweisen.

In der der A. G. nach ihrem inneren Aufbau sehr ähnlichen G. m. b. H. zeigt es sich namentlich in den Vor-Vorschriften der §§ 19, 29, 45, 47, 72 und 53 Abs. 3 G. m. b. H.-Gesetz. § 19 Abs. 1 bestimmt, daß die Einzahlungen auf die Stammeinlagen nach dem Verhältnis der letzteren zu leisten sind und regelt damit die für alle Gesellschafter gleichmäßige Einzahlungspflicht. § 29 ordnet an, daß die Gewinnverteilung, sofern nicht im Gesellschaftsvertrage von den Mitgliedern einer G. m. b. H. ein anderer, den tatsächlichen Verhältnissen mehr entsprechender Verteilungsmaßstab aufgestellt wird, nach dem Verhältnis der Geschäftsanteile erfolgt. § 47, der gem. der Vorschrift des § 45 nur subsidiär gilt, regelt das Stimmrecht nach der Kapitalbeteiligung der Gesellschafter und § 72 bestimmt das Recht der Gesellschafter bei Auflösung der G. m. b. H. in Ermangelung anderer Vertragsabreden ebenfalls nach dem Verhältnis der Geschäftsanteile. Bereits aus diesen Vorschriften ist deutlich zu entnehmen, daß die materielle Gleichbehandlung und nicht die formelle in der G. m. b. H. gilt. Denn der Gesetzgeber betont in dieser Unternehmerform noch stärker als in der A. G. die subsidiäre Natur der Vorschriften, indem er auch das Stimmrecht in jeder Beziehung für abänderlich erklärt. Im § 53 Abs. 3 be-

1) Müller-Erzbach, Handelsrecht I S. 277.

2) Rieß, Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften in Ehrenbergs Handbuch a. a. O.

stimmt der Gesetzgeber, daß nicht, wie in der A. G. gem. § 275 Abs. 3 HGB. die formelle Gleichbehandlung zugunsten der materiellen durch bloßen Mehrheitsbeschluß Abänderungen unterliegen soll, sondern daß alle Gesellschafter bei Vermehrung der Leistungen ihre Zustimmung erteilen müssen. Diese Vorschrift, die von vielen Kommentatoren nur einseitig auf Vermehrung und Neubegründung von Pflichten der Gesellschafter für anwendbar erklärt wird, muß bei dem schon des öfteren betonten, innigen Zusammenhange zwischen Pflichten und Rechten der Gesellschafter ihre Wirkung zum mindesten indirekt auch auf die Rechte ausüben. Denn, wenn bei gleichbleibenden Rechten die Pflichten der Gesellschafter verändert werden, so muß darin ev. eine Beeinträchtigung eines Teils der Gesellschafter gesehen werden. Dies ist in dem österreichischen G. m. b. H.-Gesetz sogar besonders ausgesprochen worden [1]). Diente § 275 HGB. nur dazu, das Prinzip der materiellen Gleichbehandlung im Verhältnis der Gattungen zueinander tunlichst zu wahren, indem er grundsätzlich zur Abänderung der formellen Gleichbehandlung eine qualifizierte Mehrheit verlangte, so wird dieser Zweck in der G. m. b. H. durch § 53 Abs. 3 noch besser erreicht, da in diesem Falle nicht einmal eine qualifizierte Mehrheit für genügend erklärt wird, sondern ein jeder Gesellschafter seine Zustimmung erteilen muß.

Wenn man das Prinzip der materiellen Gleichbehandlung zugrunde legt, wird man auch in der stillen Gesellschaft, der Kommandit- und in der Aktienkommanditgesellschaft nicht zu einem das Bestehen

1) Für das deutsche Aktienrecht wird die im österreichischen Gesetz ausdrücklich festgestellte Gleichbehandlung häufig geleugnet. Vgl. z. B. Gadow u. Brodmann in Gruch. Beitr. Bd. 66, 1923.

des G. P. verneinenden Ergebnis kommen. Zwar läßt sich bei diesen Gesellschaftsformen keineswegs bestreiten, daß sie in den beiden Gruppen von Gesellschaftern — stille Gesellschafter und Geschäftsinhaber, Kommanditisten und Komplementare — Gesellschafter ersten und zweiten Ranges aufweisen, die nicht in dem Sinne als gleichberechtigt anzusprechen sind, wie die Mitglieder einer G. m. b. H. oder einer o. H. G.[1]). Aber folgt man dem Prinzip, das jedem Gesellschafter nur ein seinen Pflichten entsprechender Anteil an Rechten in der Gesellschaft zugesprochen werden kann, so muß man zu dem Ergebnis gelangen, daß die Verschiedenheit in der Stellung der Komplementare und Kommanditisten bezw. der Geschäftsinhaber und der stillen Gesellschafter gerade dem Prinzip der materiellen Gleichbehandlung entspricht. Anderseits beweisen diese drei Unternehmungsformen noch besser als die bereits besprochenen, daß der Grundsatz der formellen (absoluten) Gleichbehandlung sich nicht durchführen läßt.

Nunmehr kommen wir zu der letzten Gesellschaft des Handelsrechts, die an dieser Stelle noch Erwähnung finden soll, zu der Genossenschaft. Sie weicht insofern von den vorhergehenden Gesellschaftsarten ab, als sie nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar dem Erwerbe ihrer Mitglieder dient, und im Gegensatz zu den übrigen Gesellschaften des Handelsrechts von der wirtschaftlichen Gleichheit ihrer Mitglieder ausgeht. Dementsprechend lassen sich bei der Genossenschaft eine Reihe von Gesetzesbestimmungen aufzählen, die den Gleichbehandlungsgedanken auf das deutlichste dokumentieren. In eine eingehende Erörterung über die Wahrung des G. P. kann

1) Müller-Erzbach, Handelsrecht I S. 233 u. 237.

und soll hier nicht eingetreten werden. Es mag nur soviel gesagt werden, daß keine Unternehmungsform derart von dem G. P. der Gesellschafter beherrscht wird, wie die Genossenschaft. Die Höhe des Geschäftsanteils, ev. die Zahl der zu erwerbenden Geschäftsanteile, die Einzahlungspflicht auf den Geschäftsanteil, und das Stimmrecht ist für alle Genossen dasselbe. Eine Annäherung an die absolute Gleichbehandlung ist namentlich in der Tendenz des Gen.-Ges. zu sehen, die darauf hinausläuft, eine große Verschiedenheit in der Vermögensbeteiligung der Genossen zu vermeiden. Ökonomische Unterschiede in der Anteilnahme der einzelnen Genossen an der Genossenschaft lassen sich naturgemäß auch in dieser Korporation nicht umgehen. So kann ein Genosse mit einem Zehntel eines Geschäftsanteils, ein anderer mit einem vollen, bei einer e. G. m. b. H. sogar mit mehreren voll eingezahlten Geschäftsanteilen (Geschäftsguthaben) beteiligt sein und dementsprechend in ökonomischer Beziehung eine verschiedene Stellung einnehmen. Aber das höchste Recht in der Genossenschaft, die eine Personalassoziation ist, das Stimmrecht, ist für alle Genossen, ob sie nur einen Teil des Geschäftsanteils eingezahlt haben oder gar mehrere Geschäftsanteile besitzen, gleich. Jeder Genosse hat nur eine Stimme. Darin liegt die nach dem absoluten G. P. hinneigende Tendenz der Genossenschaft, die eine vermögensrechtliche Verschiedenheit[1]) der Genossen dadurch abzustellen sucht, daß sie das Stimmrecht von dieser unabhängig für alle Genossen kraft zwingender, unabänderlicher Bestimmung gleichmäßig festsetzt.

---

1) Müller-Erzbach, Handelsrecht I a. a. O.

§ 21.

Rechtsgeschichtliche Betrachtungen zum Gleichbehandlungsgrundsatz.

Der Grundsatz der Gleichbehandlung, der in dem Gesetz nicht ausdrücklich enthalten ist, konnte nur mittels Analogieschlusses aus der Vorschrift des § 35 BGB. und mittels einer Untersuchung der einzelnen Vorschriften einer jeden Gesellschaftsform nachgewiesen werden. In den älteren Gesetzen so z. B. im Preuß. Allgem. Landrecht II 6 § 68, § 69 und im Sächs. BGB. § 54 ist er dagegen, wie Müller-Erzbach[1]) hervorhebt, noch ausdrücklich geregelt. Nach den eben genannten Bestimmungen des Preuß. Allgem. Landrechts können gesellschaftliche Rechte, welche nicht sämtlichen Mitgliedern, sondern nur einem oder dem andern unter ihnen, als Mitgliede zukommen, denselben wider ihren Willen durch die bloße Stimmenmehrheit nicht genommen werden. Ebensowenig können neue Lasten oder Verbindlichkeiten, wenn sie nicht alle, sondern nur ein oder etliche Mitglieder betreffen, denselben ohne ihre Zustimmung auferlegt werden. Bachmann[2]) leitet den Grundsatz der Gleichbehandlung aus dem corpus iuris canonici ab. Nach ihm haben schon die Kanonisten die Gleichbehandlung der Korporationsgenossen in Pfründenangelegenheiten aus der Dekretale c 6 X de const. I 2 von Innozenz III entlehnt, die unter allen Umständen dem einzelnen Kanoniker ein durch Kapitelsbeschlüsse unentziehbares Recht auf gleiche Behandlung gewährt. Dem Gleichheitsgedanken gibt auch das schweizerische Obligationenrecht von 1881 Art. 627 Abs. 1 (eben-

1) Müller-Erzbach, Handelsrecht I S. 278.
2) Bachmann, Sonderrechte d. A. S. 51/52.

so die Fassung von 1911) Ausdruck, wenn es ausspricht, daß ein Mehrheitsbeschluß der G. V. dem einzelnen Aktionär nicht wohlerworbene Rechte entziehen könne. Aber auch im Schweizer Obligationenrecht ist der Satz der Gleichbehandlung nicht positiv ausgesprochen.

Wie ist nun die Tatsache zu erklären, daß die neueren Gesetzgebungen von dem so elementaren Grundsatze der Gleichbehandlung kein Wort erwähnen?

Die Antwort ist nicht schwer zu geben. Der aus der Interessenlage der einzelnen Gesellschafter heraus entwickelte Grundsatz der materiellen Gleichbehandlung ist, da er letzten Endes in dem Egoismus eines jeden Menschen wurzelt, auf sich allein gestellt, mächtig genug, um sich zu behaupten. Er bedarf des Schutzes der Gesetzgebung deshalb nur indirekt, indem er von ihr verlangt, daß sie sich nicht in einen Gegensatz zu ihm stellt. Das Recht der Gleichbehandlung gilt als ungeschriebene Norm nicht minder als die vom Gesetzgeber kodifizierten Rechtssätze; es verlangt vom Gesetzgeber nur Neutralität, aber keinen Schutz.